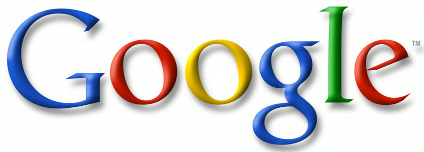



VE RI
TAS

Netherland

HANDLEIDING

TOT HET

BURGERLIJK WETBOEK.

ZESDE HERZIENE DRUK. — TWEEDE GEDEELTE.

HANDLEIDING

TOT HET

BURGERLIJK WETBOEK,

DOOR

MR. A. DE PINTO,
IN LEVEN ADVOKAAT BIJ DEN HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN.

ZESDE HERZIENE DRUK,

DOOR

MR. A. TEIXEIRA DE MATTOS,
REFERENDARIS BIJ HET DEPARTEMENT VAN JUSTITIE.

Quae parum plana videbuntur, aut minus plena instructaque, petimus, ut ea non docendi magis, quam admonendi gratia scripta existiment; et quasi demonstratione vestigiorum contenti persequantur ea post, si licebit, vel libris repertis vel magistris. AULUS GELLIUS.

TWEEDE GEDEELTE. — AANTEEKENINGEN.

ZWOLLE,
W. E. J. TJEENK WILLINK.
1885.

For JX
P

INHOUD VAN HET TWEEDE GEDEELTE.

EERSTE BOEK.

Van personen.

TWEEDE BOEK.

Van zaken.

DERDE BOEK.

Van verbindtenissen.

VIERDE BOEK.

Van bewijs en verjaring.

BIJLAGEN.

VERBETERINGEN.

Bl. 25, regel 16 v. b., staat „36"; lees 3.

Bl. 51, regel 12 v. b, staat „1821"; lees 1823.

Bl. 67, regel 8 v. b., staat „§ 2"; lees § 3.

Bl. 67, regel 14 v. b, staat „art 138"; lees *art.* 108.

Bl 74, regel 8 v. b., staat „R. N."; lees *R. I.*

Bl. 84, noot *b*, regel 5 v. b., staat „1872 —73, 152"; lees: 1882—1883, 152, n°. 4.

Bl. 128, noot *a*, regel 2 v. o., staat „alleenlijk afhankelijk stellen; lees: *afhankelijk stellen alleen.*

Bl. 140, regel 15 v. o., staat „ 3 Mei", lees: 8 *Mei.*

Bl. 232, regel 12 v. b., staat „*integrie*"; lees: *integri.*

Bl. 288, noot *a*, regel 6 v. b., staat „hiertoe"; lees: *tot dit laatste.*

Bl. 432, regel 15 v. b, staat „légitiemarissen"; lees: *legitimarissen.*

Bl. 470, regel 21 v. b., tusschen „§ 685" en „Dit" in te lasschen: 2°.



INLEIDING.

Praktische beoefening en verklaring van een wetboek vooronderstelt praktijk en ondervinding: moeijelijkheden, duisterheden, onvolledigheden, gapingen, die in ieder menschelijk werk, en bij gevolg in iedere wet, gevonden worden, leert men eerst kennen, nadat deze eenigen tijd in gebruik geweest en op het dagelijksch leven toegepast is; maar zoo lang de wet den toets dier ondervinding niet heeft doorgestaan, is het niet mogelijk die moeijelijkheden, duisterheden, en wat dies meer zij, op te sporen en te verklaren, en in een onderzoek te treden over de vragen en geschillen, waartoe zij aanleiding zullen geven, juist daarom, omdat men *a priori* noch voorzien kan, welke die vragen zijn zullen, noch welke de bepalingen zijn in de wet, die haar zullen doen ontstaan. De oogenschijnlijk duidelijkste en eenvoudigste voorschriften hebben meermalen aanleiding tot de hevigste twisten en regtsgedingen gegeven. Plaatsen, die bij de eerste inzage duister en voor tweeledige uitlegging vatbaar schijnen, blijken dikwijls bij de toepassing dit niet te zijn, en worden eenstemmig uitgelegd en begrepen. Zoodanige praktische uitlegging en verklaring kan eerst de vrucht zijn van langdurige beproeving, en zou nu slechts een ijdel en voorbarig werk wezen, zonder nut, zonder doel, zonder wetenschappelijke waarde.

Om derhalve aan deze mijne aanteekeningen eenige bruikbaarheid te geven; om voor haar op eenige belangstelling en toegevendheid aanspraak te mogen maken, moest er een geheel andere weg worden ingeslagen, en moesten zij eene meer geschiedkundige en wetenschappelijke verklaring ten doel hebben. —

W e t e n s c h a p p e l ij k e a a n t e e k e n i n g e n, g e s c h i e d k u n d i g e a a n t e e k e n i n g e n: die uitdrukkingen zijn, ik gevoel het, zeer onbestemd; men kan daaronder zoo veel en zoo weinig begrijpen als men wil. Ik zal dus moeten verklaren, wat ik daaronder verstaan wil hebben.

De aanwijzing der bronnen, waaruit de wet is voortgevloeid, hare vergelijking met andere, inzonderheid met vroegere wetgevingen: dat behoort tot de geschiedenis des regts, en, in zoo verre daarover in mijne aanteekeningen gehandeld wordt, noem ik deze geschiedkundig. Verklaringen daarentegen van de redenen (motieven) der wetten; uitleggingen van enkele moeijelijke plaatsen, opheldering daarvan door voorbeelden; onderzoek en ontwikkeling van sommige regtsvragen; critische beschouwingen eindelijk, en wat dies meer zij, dat alles maakt zoo vele deelen uit van de wetenschap des regts; dat alles maakt ook, het ééne meer en het andere minder, een deel uit van mijne aanteekeningen, die ik daarom ook wetenschappelijk genoemd heb.

Na aldus de beteekenis dezer beide uitdrukkingen te hebben vastgesteld, wil ik nog trachten, zoo kort mogelijk, een denkbeeld te geven van mijne wijze van bewerking en van het doel, dat ik mij daarbij heb voorgesteld. Ik zal dus met een woord spreken, eerst over het geschiedkundig, daarna over het wetenschappelijk deel van mijnen arbeid. Vooraf echter moet ik waarschuwen, dat niet aan elk deel eene afzonderlijke plaats is ingeruimd; maar dat beiden door elkander in den loop dezer aanteekeningen vermengd zijn, en elkander daarin afwisselen; want eene strenge afscheiding tusschen deze twee zoo naauw te zamen verwante deelen scheen mij al te willekeurig; zij was niet mogelijk, zonder ieder oogenblik in verlegenheid te geraken, waartoe het ééne en waartoe het andere moest gebracht worden.

I. Vroeger is het reeds door mij gezegd 1), dat de twee voorname bronnen van het nieuw Burgerlijk Wetboek zijn onze voormalige wetgevingen en het Wetboek Napoleon; dat derhalve beider beoefening tot regt verstand van het Wetboek nuttig en noodig is.

---

1) Eerste Gedeelte, bl. 12—16.

Wat het eerste betreft, spreekt het wel van zelven, en zal het ook door niemand betwist worden, dat bij eene nieuwe wetgeving voor Nederland, men uit de oude Nederlandsche wetgeving weder datgene heeft moeten opnemen, wat aan de zeden en gewoonten van het volk ontleend was, en ook nu nog door hetzelve kon verlangd worden. Intusschen moest men uit de verschillende wetten, die oudtijds in de verschillende gewesten gegolden hadden, nu het er op aan kwam, om algemeen geldende wetten vast te stellen, wel eene keuze doen, en het is niet twijfelachtig, dat alsdan het oud-Hollandsch regt datgene geweest is, waartoe men grootendeels zijne toevlugt genomen heeft. Ik heb overal de voorname bepalingen aangewezen, die, het zij dan uit het oud-Hollandsch, het zij uit eenig ander provinciaal regt, in ons Wetboek zijn opgenomen, en daarenboven bij de behandeling van belangrijke onderwerpen de wijze vermeld, waarop die in de voormalige wetgeving geregeld waren.

De schrijvers, waarnaar ik verwezen heb, zijn doorgaans alleen DE GROOT, *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyt*, VAN LEEUWEN, *Rooms Hollands Recht*, en VOET, *ad Pandectas.* Deze toch zijn het, die nog heden ten dage, vooral de eerste en de laatste, het meeste gezag hebben, en die ook door den wetgever het meeste zijn geraadpleegd; en naar mijn oordeel, is het zeer ondienstig in een *élémentair* boek al te veel omslag van geleerdheid en praal van boekenkennis te maken. Die eindelooze ophoopingen van citaten zijn tot niets zoo uitnemend geschikt, als om jeugdige lezers van de beoefening der wetenschap af te schrikken; die zich daarentegen gaarne getroosten twee of drie goede werken, die zij doorgaans aangehaald vinden, na te slaan.

Maar veel meer nog dan uit die oude wetgeving, is ons Wetboek uit het Fransche Wetboek *Napoleon* geput, en dat mag dus zeer zeker wel als de eerste en allervoornaamste bron daarvan beschouwd worden, en waarlijk dit kon ook, uit den aard der zake, niet anders; ik heb dit vroeger aangetoond 1); en er

---

1) Eerste gedeelte, bl. 13—16. Het aldaar ontwikkelde gevoelen wordt mede omhelsd door den Hoogl. DEN TEX in zijne *Encyclopaedia jurispr.*, § 444, p. 447. Men

blijft mij nu alleen slechts over rekenschap te geven van het gebruik, dat ik van het Fransche regt gemaakt heb.

Het lag natuurlijk geheel buiten de grenzen mijner bedoelingen, om overal aan te wijzen wat men bij ons uit het Fransche wetboek heeft overgenomen, en waarin men daarvan is afgeweken. Dat zou bovendien ook overtollig geweest zijn, sedert het werk van den voor onze nieuwe regtswetenschap te vroeg overleden ASSER het licht heeft gezien: genoeg was het daarna voor mij aan het hoofd van elken titel naar dat werk te verwijzen, en slechts op voorname veranderingen, inzonderheid van groote regtsbeginselen, opmerkzaam te maken, en daarvan tevens kortelijk de redenen te vermelden. Vooral heb ik er mij op toegelegd de gemaakte verbeteringen aan te toonen; waar ik gapingen uit het Fransche regt aangevuld, of vroeger betwiste vragen beslist vond, heb ik dit kortelijk aangestipt; waar men de reeds bestaande vragen in haar geheel en onopgelost gelaten heeft, heb ik mij meestal vergenoegd met de *ratio dubitandi* te vermelden, en mijn gevoelen in weinige woorden te ontwikkelen, verder verwijzende naar de Fransche schrijvers, omdat ik het overtollig achtte in het breede te herhalen hetgeen daar reeds geschreven stond. Doch ik ben ook hier spaarzaam geweest met aanhalingen, zoo wel om de boven reeds opgegeven redenen, als omdat men van hen, die geene opzettelijke studie meer maken van het Fransche regt, en vooral van jeugdige regtsgeleerden, geene lezing meer vorderen kan van die groote menigte *Traités* over afzonderlijke titels of artikelen van het wetboek *Napoleon.* Ik heb mij dus in het algemeen bepaald tot de werken van LOCRÉ, TOULLIER, DURANTON en DELVINCOURT: werken die toch in ieders handen behooren te zijn.

Alvorens van dit onderwerp af te stappen, wil ik vooraf reeds beantwoorden eene tegenwerping, die mij misschien te wachten staat. Het schijnt namelijk, dat men het over het doelmatige, om nog bij voortduring van Fransche schrijvers over het regt ge-

---

vindt in hetzelfde werk, § 453, p. 457—459, onder het opschrift: *de Cod. Civ. Fr. judicio*, eene korte opgave van de oordeelvellingen der voornaamste schrijvers over het Fransche Wetboek. Als zijn eigen gevoelen geeft de Heer DEN TEX: *Cod. jur. Civ. Fr. merito tamquam eximium celebratur prudentiae legislatoriae monumentum.*

bruik te maken, niet algemeen eens is. Men heeft wel eens beweerd, dat, nu wij dan eindelijk ontslagen zijn van die opgedrongen Fransche wetgeving, en in het genot treden van een nationaal wetboek, het ongeoorloofd zou zijn het laatste uit het eerste te verklaren, en meer nog om langer gebruik te maken van de Fransche schrijvers, die alleen geschreven hebben over eene wet, die voor ons thans vreemd is geworden. Zonderlinge redeneering inderdaad! — Wij hebben ja een nationaal wetboek, mits men daaronder slechts verstaan wille een wetboek, dat voor onze tegenwoordige behoeften, zeden en gebruiken is ingerigt; maar wij hebben geen nationaal wetboek, indien dit beteekenen moet zulk een wetboek, dat alleen is zamengesteld uit wetten en verordeningen, die hier te lande tot het jaar 1811 van kracht geweest zijn, of wel die thans voor het eerst in het tegenwoordige wetboek zijn opgenomen, en door zijne zamenstellers zijn uitgedacht; en in dien zin zou het nationaal wetboek ook waarlijk een allerongelukkigst geschenk voor ons geweest zijn. En wanneer het nu vaststaat, dat het nieuwe wetboek geheel op de leest van het Fransche geschoeid is; dat men, bij menigvuldige veranderingen, uitlatingen en bijvoegselen, eene menigte bepalingen, ja geheele titels daaruit heeft overgenomen, dan immers mag men vragen, of de algemeen erkende regel, dat elke wetgeving uit hare bronnen moet worden verklaard, dan alleen voor ons nationaal wetboek niet gelden moet? en of het wel mogelijk zou zijn die bron te leeren kennen, als men zich daartoe uitsluitend behelpen moest met de enkele bepalingen van het wetboek *Napoleon*, zonder de schrijvers te mogen raadplegen, die dit hebben verklaard en uitgelegd? — Immers heeft men ons op de hoogescholen, toen wij daar het Fransche regt leeren moesten, voortdurend verwezen, niet alleen naar het Romeinsche en oud-Fransche regt, maar ook naar schrijvers over beiden, naar CUJACIUS, DONELLUS, VOET, NOODT, naar POTHIER, DOMAT en zoo vele anderen: en waarom zou men dan ook nu hetzelfde niet meer doen? Zoo heeft dan ook voorzeker onze regering er niet over gedacht, toen zij zeide: dat zoo veel van de bestaande wetgeving behouden is, als de zeden, belangen en behoeften

der natie maar eenigzins gedoogd hebben 1). Zoo dacht er ook de heer ASSER, die zeker hierover wel als een bevoegd beoordeelaar mag genoemd worden, niet over, toen hij voor die bepalingen, die uit het wetboek *Napoleon* zijn overgenomen (bl. 1, 2), verwees naar de processen-verbaal der raadplegingen van den Franschen Staatsraad, van het Tribunaat en van het Wetgevend Ligchaam, en naar de werken der schrijvers, welke over die stoffe hebben gehandeld; en veel minder nog, toen hij schreef (bl. 3), dat men het oogenblik heeft laten voorbijgaan, om aan de natie eene echt Nederlandsche wetgeving te doen genieten, en dat men de voorkeur had gegeven aan het bijbehouden van het Fransche regt met vele belangrijke wijzigingen.

Men laat zich derhalve te veel medeslepen door eenen onverdienden afkeer van hetgeen men de opgedrongen wet noemt, en eene wel loffelijke, maar toch overdreven liefde en gehechtheid voor de nationale wetgeving, indien men beweert, dat, na de invoering dezer laatste, het Fransche regt ons zoo vreemd geworden is, dat wij èn wetboek èn schrijvers kunnen ter zijde leggen. Dat alles belet echter niet dat men zich even zorgvuldig te wachten heeft voor een tegenovergesteld uiterste, en dat er teregt gewaarschuwd is tegen het misbruik, dat men vooral van de Fransche schrijvers zou kunnen maken 2). Niets zou verkeerder zijn dan ons wetboek te beschouwen alleen als eene gewijzigde, hier en daar veranderde, vertaling van het Fransche, en het

---

1) Koninklijke boodschap van den 22sten November 1820, bij VOORDUIN, I, 231. De Hoogl. DE WAL, *over den invloed der Wetboeken in de taal des lands*, *enz.*, zegt almede, dat hij eene vergelijking tusschen het nieuwe en het laatstvoorgaande regt dienstig acht: „zoo wel, om geschiedkundig aan te duiden, hoe de wetgever tot zijne vastgestelde wetten geraakt is, en wat hij aan de vroegere wetgeving, vooral aan die der Romeinen verpligt is, als ook om de verdiensten der nieuwe wetten boven de oudere, en de vorderingen in de wetgeving te doen kennen, of wel de gebreken en gapingen in dezelve met bescheidenheid te doen opmerken.”

2) Daartoe strekt, onder anderen, een te Amsterdam uitgegeven werkje, *Gedachten over de beoefening der aanstaande Nederlandsche wetgeving*, door Mr. J. DE BOSCH KEMPER.

alleen uit hetgeen bij de Fransche schrijvers geleerd wordt, te verklaren; niets zou gevaarlijker zijn dan om aan die schrijvers een onvoorwaardelijk gezag toe te kennen, of bij de raadpleging hunner schriften uit het oog te verliezen, dat de geringste verandering of omzetting in eenig wetsartikel, ook op eene andere plaats in het wetboek dan die welke men verlangt opgehelderd te zien, dikwijls eene andere beslissing noodzakelijk maakt dan die welke men bij hen vindt. Die zonder deze voorzorgen zich van het Fransche regt tot verklaring van het Nederlandsche blijft bedienen, zal verkeerd doen; hij zal het oude met het nieuwe verwarren; hij zal noch het oude noch het nieuwe grondig leeren kennen, maar zoodanige mogelijke misbruiken kunnen niets afnemen van het waarlijk nuttige en goede der zaak zelve: *abusus non tollit usum.*

Het wetboek *Napoleon*, ingerigt voor het Koningrijk Holland, kan niet onder de eigenlijke bronnen van ons wetboek gerangschikt worden; men heeft daarvan slechts schaars gebruik gemaakt, en hier en daar eene enkele bepaling er uit overgenomen: ik heb mij vergenoegd met de voornaamste aan te wijzen.

Dat ik eindelijk van het Romeinsche regt, die groote bron van alle burgerlijk regt, vlijtig gebruik gemaakt heb, behoeft geene melding. Als men daar minder dikwijls naar verwezen zal zien dan naar het Fransche en oud-Hollandsche, dan schrijve men dit alleen daaraan toe, omdat in het tegenwoordige wetboek maar weinige bepalingen van Romeinschen oorsprong dadelijk daaruit zijn overgenomen, die men niet reeds in het Fransche of in het oud-Hollandsche regt aantreft; en omdat derhalve het Romeinsche regt meer eene verwijderde dan wel eene onmiddellijke bron van ons wetboek heeft uitgemaakt.

II. Zoo als de wet geschiedkundig uit hare bronnen behoort verklaard te worden, zoo vindt men het eerste en zekerste hulpmiddel tot eene wetenschappelijke uitlegging in de beraadslagingen, die hare vorming zijn voorafgegaan en voorbereid hebben, en in de gronden, die den wetgever hebben bewogen haar zoo vast te stellen, als zij in het wetboek voorkomt. Daardoor toch leert men den geest en de bedoeling van elke wetsbepaling kennen;

daardoor wordt men in staat gesteld de woorden van den wetgever, die alleen dienen om zijnen wil uit te drukken, in hunne ware beteekenis en strekking te leeren kennen: *scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* 1), en waar nu zal men dien geest, die kracht, die bedoeling zoeken en leeren kennen, zoo niet bij den wetgever zelven, die toch de beste uitlegger is van zijne eigen woorden? — Gelukkig derhalve voor de wetenschappelijke beoefening van ons regt, dat wij nu reeds twee werken bezitten (die van de heeren ASSER en VOORDUIN), waaruit wij al die voorbereidende werkzaamheden kunnen leeren, en die derhalve den weg gebaand hebben voor eene zoodanige wetenschappelijke beoefening. Deze werken hebben het dan voor mij ook mogelijk gemaakt de gronden vooral van nieuwe wetsbepalingen voor jonge regtsbeoefenaren kortelijk te verklaren, en hier en daar ophelderingen te geven omtrent zoodanige artikelen van het wetboek, wier enkele woorden anders welligt aanleiding hadden kunnen geven tot twijfelingen of verkeerde opvattingen. Behandeling van regtsvragen, waartoe de nieuwe of veranderde bepalingen van het wetboek aanleiding zouden kunnen geven, zal men slechts zelden ontmoeten; ik heb daarvan de, zoo ik vertrouw, afdoende redenen in den aanhef dezer Inleiding reeds medegedeeld. Geheel echter heb ik vermeend, ook dit op zich zelven gewigtige deel mijner taak niet achterwege te moeten laten; maar dan heb ik bij voorkeur mij bepaald tot zulke vragen, wier oplossing ik vermeende in de beraadslaging en in de motieven zelven te kunnen vinden; daardoor loopt men de ondervinding niet vooruit, en heeft men weinig gevaar om mis te tasten.

Eene doorloopende beoordeeling van een wetboek moet nooit het doel zijn, moet zelfs nooit een deel uitmaken van een wetenschappelijk en geschiedkundig werk over dat wetboek. Ik heb het reeds gezegd: ik heb het mij tot taak gesteld de verbeteringen, die men in ons wetboek heeft ingevoerd, zijne verdiensten boven het Fransche, aan te wijzen; maar in het aanwijzen van gebreken daarentegen ben ik spaarzaam geweest; zulke aanmerkingen toch,

---

1) *L.* 17 *D. de legib.*

hoe verdienstelijk en hoe pligtmatig ook, vóórdat de wet onherroepelijk is vastgesteld, leiden, nadat die wet eenmaal van kracht is geworden, en als zij derhalve niet meer dienstig kunnen zijn, veelal tot doellooze vitterij en bedilzucht. Eene enkele critische aanmerking, daarentegen, hier en daar met eene spaarzame hand door een wetenschappelijk werk, en alleen in het belang der wetenschap, verspreid, kan niet ten kwade geduid worden; maar heeft daarentegen wel degelijk haar nut, in zoo verre zij bij jeugdige regtsgeleerden den lust kan doen geboren worden tot eene wijsgeerige beoefening ook van het burgerlijk regt; — immers de wetenschap bepaalt zich niet bij ééne enkele stellige wetgeving 1).

Het is de pligt van ieder schrijver, om gebruik te maken van datgene, wat er vóór hem over het onderwerp, waarover hij schrijft, reeds geschreven is, en zijne lezers daarmede, zoo veel mogelijk bekend te maken. Het is volkomen waar niet alleen, maar ook volkomen goed en nuttig, wat een Fransch schrijver gezegd heeft: *on fait des livres avec des livres;* dit behoeft dan ook geen betoog. Intusschen is het even waar, dat de litératuur over ons wetboek tot nu toe zeer schraal is. En trouwens hoe kon het ook anders over een wetboek dat nog niet eens ingevoerd is, en waarvan de invoering sedert lang zoo onzeker en zoo wisselvallig geweest is? De uitkomst heeft ons misschien reeds meer geleverd dan men geregtigd was te verwachten. Behalve de groote werken toch van de heeren ASSER en VOORDUIN, hebben menige andere grootere en kleine schriften reeds het licht gezien, die allen zoo wel voor eene uitlegkunde en wetenschappelijke,

---

1) „Voorwaar!" zeide de Hoogleeraar H. W. TIJDEMAN, tijdens de invoering van het Hollandsch Wetboek *Napoleon* hier te lande, „indien het onschatbaar geschenk onzer algemeene stellige wetgeving eene wetenschappelijke inquisitie zoude met zich voeren, indien het zoo zeer onzen geest aan slaafsche banden der dorre letter wilde kluisteren, dat men er de vrijheid van drukpers over louter wetenschappelijke oefening voor moest opofferen...... dan kwam die weldaad ons duur te staan, dan ware zij geen zegen voor de Natie, maar een ramp te grooter, en zulke dwang te buitensporiger, daar zonder oordeelkundig onderzoek er geen regt verstand en toepassing der wetten mogelijk is." — Naschrift op VEZIN's *Geschiedenis van het Straf- en Doodregt van het gelukkig eiland Teneriffe*, bl. 295; men zie ook het regtsgeleerd Mengelwerk van denzelfden schrijver, bl. 163 volgg.

als voor eene critische beschouwing van het nieuwe wetboek van belang zijn. Daartoe behooren, onder anderen, het uitmuntende werkje van den heer SASSEN, wien een te vroege dood alleen verhinderd heeft dit af te werken; *het Ned. Burg. Wetboek, uit deszelfs beginselen verklaard en met de Fransche wetgeving vergeleken*, van den heer VAN DER VOORT, wien ook een te vroegtijdig afsterven niet toeliet met zijn werk verder dan tot het einde des tweeden boeks te vorderen; de *Vrijmoedige Aanmerkingen* van den heer DONKER CURTIUS; de dikwijls met diepe regtskennis en scherpzinnigheid geschreven aanmerkingen, voorkomende in onderscheiden stukken der *Regtsgeleerde Bijdragen*, en eindelijk sommige academische verhandelingen. Ten slotte verdient hier nog vermeld te worden: *het Burg. Wetboek, voorafgegaan door de wet, houdende algemeene bepalingen der wetg. van het Koningrijk, vergeleken met het Fransche regt*, onder toezigt van den heer LIPMAN, bewerkt door den heer J. W. TYDEMAN.

Ik heb getracht mijne lezers met die geschriften op eene gepaste wijze bekend te maken; kortheidshalve, en ten einde mijne aanteekeningen niet op te vullen met veelvuldige aanhalingen en verwijzingen die den gang der redenering afbreken, en het lezen onaangenaam maken, heb ik slechts aan het hoofd van iederen titel de plaatsen van die geschriften opgegeven, waar daarover gehandeld wordt. Met het werk van den heer TYDEMAN is dit echter niet geschied. Het is alleen eene geannoteerde uitgave van het wetboek, die men op ieder artikel kan raadplegen, zonder dat eene opzettelijke verwijzing noodig is.

Genoeg over den inhoud dezer aanteekeningen. Er blijft mij nog over ook hier te herhalen, dat het niet mijn doel geweest is een werk van geleerdheid of praktische bruikbaarheid te leveren; dat ik niet geschreven heb voor kundige en bekwame regtsgeleerden, voor mannen van beproefde ondervinding en wetenschap; maar alleen voor jeugdige en eerstbeginnende beoefenaars, voor leerlingen in het regt; gelukkig, indien ik er in geslaagd mogt zijn voor dezen eenig nut te hebben gesticht, zonder mij aan oppervlakkigheid te hebben schuldig gemaakt: want ik houde het voor niet gemakkelijk deze klip te vermijden.

Ten slotte moet ik herinneren aan de door mij in mijne Voorrede reeds aangehaalde woorden van VON SAVIGNY, en aan mijne eigen woorden aan het slot dier Voorrede: dat ik niets liever wensch, dan waar ik gedwaald heb, te regt gewezen te worden.

Zoo luidde mijne inleiding voor de eerste en tweede uitgave. Ik behoef niet te zeggen, dat zij voor den tegenwoordigen tijd weinig meer past. Zeer veel van hetgeen daarin gezegd wordt, dat juist was in 1838, dat reeds in 1840 niet dan merkelijk gewijzigd meer kon worden behouden, is thans geheel vervallen. Ik heb niettemin gemeend die inleiding te moeten laten, zoo als zij was, omdat ik in het oog moest houden, dat het geen nieuw boek was, dat ik uitgaf, maar dat het een oud boek was, dat herdrukt moest worden. Mijne lezers zelven zullen, indien ook zij dit niet uit het oog verliezen, vertrouw ik, gemakkelijk genoeg het nog bruikbare van het niet meer bruikbare onderscheiden.

Het zal echter noodig zijn hier nog met een enkel woord te spreken van den tegenwoordigen toestand onzer regtslitératuur over het *Burg. Wetb.*, die ongelukkig in schraalheid, sedert het jaar 1840, weinig is afgenomen.

Behalve de uitgaven der heeren LIPMAN en TYDEMAN hebben later (voor zoo veel mij ten minste bekend is), nog vier geannoteerde uitgaven van het *Burg. Wetb.* het licht gezien, namelijk van de heeren SCHULLER, VERNEDE, PLIESTER en VAN HASSELT.

De hoogleeraar VAN ASSEN gaf inmiddels uit zijn *Leiddraad voor het collegie over het Burgerl. Wetboek;* een werk, dat, naar het mij voorkomt, op zich zelven moeijelijk kan worden beoordeeld. De titel toont aan, en de inhoud bevestigt dit, dat het voor geen afzonderlijk gebruik bestemd is; het maakt een geheel uit met het niet uitgegeven collegie, en de uitgave had blijkbaar alleen ten doel het nut en het gerief der leerlingen van den heer VAN ASSEN, veel meer dan het leveren eener wetenschappelijke bijdrage voor de uitlegging van het *Burg. Wetb.* ten behoeve van het algemeen.

Er blijft dus eigenlijk alleen te vermelden over het *Ned. Burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, van den heer G. DIEPHUIS, dat uitsluitend gewijd is aan eene wetenschappelijke verklaring van het geheele wetboek, en dat wel op vrij ruime schaal. Dat werk echter is nog maar gedeeltelijk voltooid, en ik heb bij de herziening mijner aanteekeningen alleen de vijf eerste deelen kunnen raadplegen.

Welk een schrale oogst in acht jaren!

De jurisprudentie eindelijk heeft natuurlijk ook thans meer geleverd dan vroeger, hoezeer het nog altijd in den aard der zaak ligt, dat ook de belangrijke uitspraken over het Burgerlijk Wetboek minder in getal zijn dan die over de andere wetboeken. Ondertusschen heeft in dit opzigt, sedert mijne tweede uitgave, de wetenschap zoowel als de praktijk eene belangrijke aanwinst gedaan in de bekende verzameling van den heer VAN DEN HONERT; en het is deze voornamelijk, die mij heeft in staat gesteld, om de meest gewigtige arresten van den hoogen raad mede te deelen.

Al weder zijn er tien jaren verloopen, sedert de derde uitgave van dit werk het licht zag. De wetenschap heeft gedurende dien tijd niet geheel stil gestaan, al zij dan ook de oogst der vruchten, die zij ons geleverd heeft, niet rijk.

Er zijn, voor zoo ver ik weet, drie nieuwe werken over het B. W. te vermelden, namelijk: C. W. OPZOOMER, *het Burg. Wetb., aanteekening op de Artt., die thans nog verklaring behoeven;* — H. NIENHUIS, *Acad. voorl. over het Ned. burg. regt;* — J. VAN HALL., *Handl. tot de beoefening van het burg. regt in Ned.*

Het eerste van die werken is, zoo als de titel aanduidt, slechts eene verklaring van enkele Artt., waarbij echter de volgorde van het wetboek gevolgd is.

De beide anderen zijn hoofdzakelijk bestemd om gebruikt te worden bij het academisch onderwijs. Dit neemt echter niet weg, dat zij ook voor hen, die het voorregt niet genieten om de lessen dier hoogleeraren bij te wonen, met vrucht zullen worden geraad-

pleegd. Ongelukkig ziet van beiden nog slechts een klein gedeelte het licht.

Het werk van den heer DIEPHUIS, dat zeker bij de beoefening van ons burgerlijk regt vele goede diensten bewijst, is thans niet alleen voltooid, maar het beleeft reeds een tweeden druk.

Onder de nieuwe Fransche werken, die men in deze vierde uitgave nu en dan vermeld zal zien, behooren hoofdzakelijk: MARCADÉ, *expl. théor. et prat. du C. N. etc.*, en het uitmuntende nieuwe *Répertoire* van DALLOZ.

Het is thans veertien jaren geleden, dat deze laatste regelen geschreven werden. Dat lange tijdvak heeft echter weder weinig opgeleverd voor de litteratuur van ons burgerlijk regt. Het groote werk van den heer DIEPHUIS kreeg een opvolger in een ander werk, dat tot titel heeft *het Ned. burg. regt* (niet meer *naar de volgorde van het burg. wetb.*), en dat nog slechts genaderd is tot het derde deel (*a*). Dezelfde schrijver gaf ons bovendien nog zijn *Handboek van het burg. regt.*

Ook van het werk van den heer OPZOOMER ontvingen wij meer een opvolger dan een tweeden druk, thans onder den titel van *het Burg. Wetb. verklaard* (niet meer alleen *van de artikelen, die nog verklaring behoeven*). Het oude werk is daarbij geheel herzien en omgewerkt, en aanmerkelijk uitgebreid. — De vier eerste deelen van dit werk zien reeds het licht (*b*).

Van eene *Handl. bij het College over het burg. wetb.* van den hoogleeraar VAN BONEVAL FAURE kan in alle opzigten hetzelfde gezegd worden, wat ik in 1860 opmerkte over VAN ASSEN's *Leiddraad.*

De regtspraak van den hoogen raad van Mr. D. LÉON, waarvan in het jaar 1872 eene tweede druk bewerkt door Mr. C. ASSER het licht zag, is een werk onmisbaar voor hem, die op de hoogte wenscht te blijven van de jurisprudentie en de littera-

a) Van dit werk is thans het zevende deel voltooid.

b) Thans is reeds het achtste deel verschenen.

tuur van het B. W.; en niet minder aanbeveling verdient de *Ned. pasicrisie* van de heeren E. en L. VAN OPPEN voor de beoefenaars van het Ned. regt in het algemeen en van het burgerlijk regt in het bijzonder (*a*). Deze verzamelingen hebben vooral daarom groote waarde, omdat, gelijk van zelven spreekt, het aantal regterlijke uitspraken gedurende een tijdsverloop van 15 jaren zeer aanzienlijk is vermeerderd. Maar ook dit was voor mij een reden om meer nog dan vroeger mij te bepalen tot de meest belangrijke arresten van den hoogen raad; niet echter tot eene bloote mededeeling; maar daarenboven tot de opgave mijner bedenkingen, wanneer ik niet zoo gelukkig was om van hunne juistheid overtuigd te worden. Eene mededeeling echter van de beslissingen van hoven en regtbanken, zelfs zonder eenige critiek, zou aan dit werk eene veel te groote uitgebreidheid gegeven hebben, en bovendien slechts een zeer betrekkelijk wetenschappelijk en practisch nut hebben gehad.

Van het verdienstelijk werk van DEMOLOMBE, *Cours du Code Nap.*, is in deze uitgave nu en dan gebruik gemaakt (*b*).

---

a) Van ASSER's regtspraak zijn thans twee supplementen verschenen, bewerkt door Mr. J. ROMBACH.

b) Door Mr. C. ASSER wordt thans met medewerking van Mr. PH. W. VAN HEUSDE, uitgegeven eene *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht.* Van dit werk zijn van het eerste deel 6 afleveringen en van het tweede deel ééne aflevering verschenen, die ik met veel vrucht heb geraadpleegd. Ook het *Pandecten-systeem* van den hoogleeraar GOUDSMIT, welk werk de schrijver, tot groot nadeel voor de regtswetenschap, niet heeft mogen voltooijen, bevat op tal van plaatsen, hoogstbelangrijke beschouwingen over ons burgerlijk regt. — Vooral sedert de talrijke partiele wijzigingen die in de laatste jaren onze wetgeving heeft ondergaan, bestond er behoefte aan eene uitgave der wetboeken zooals zij thans gelden. Daarin voorzag de hoogleeraar Mr. J. A. FRUIN, door twee verschillende uitgaven te bezorgen van de Nederlandsche wetboeken. Beide bevatten eene verwijzing naar de tot elk artikel betrekkelijke Fransche en Nederlandsche wetsbepalingen. De uitgave in groot 8° bevat bovendien toelichtende aanteekeningen. Van de kleine uitgave is reeds eene tweede bijgewerkte druk verschenen. De verwijzing naar de betrekkelijke Fransche wetsbepalingen maakt naar het mij voorkomt, de beide achter de vorige drukken dezer Handl. geplaatste tabellen overbodig. Deze zijn thans weggelaten.

ALGEMEENE BEPALINGEN

DER

WETGEVING VAN HET KONINGRIJK.

(EERSTE GEDEELTE, bl. 33—36.)

Geschriften: KEMPER, *Geschiedenis der Deliberatiën van Hun Ed. Mog. de Staten Generaal, over het ingeleverd ontwerp van het Burgerlijk Wetboek voor het Koningrijk der Nederlanden;* ASSER, *het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 6, 7; VOORDUIN, *Geschiedenis en Beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, 1, 2, 294—395; SASSEN, *Proeve van een beredeneerd Overzigt van het Burgerlijk Wetboek voor het Koningrijk der Nederlanden*, 2—40; OPZOOMER, *Aant. op de wet houdende Alg. Bep. van de wetg. van het Koningrijk*, 3e uitg.; DEN TEX *en* VAN HALL, *Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, VI, 213—219; G. A. VAN HOGENDORP, *Diss. continens obss. ad. tit. intr. gen. et ad titt. tres priores libri primi novi C. B.*, L. B. 1827, pag. 8—43; DIEPHUIS, *het Nederlandsch burgerlijk regt*, d. I, 19—120; ASSER, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, I, 26—80.

1. Elk burger is verpligt en wordt geacht de wetten van het land waarin hij leeft, te kennen. Het kan dus in eene welgeordende maatschappij aan niemand vrijstaan zich op zijne onwetendheid der wet te beroepen, of zich op grond hiervan te verschoonen,

indien hij in strijd met de wet gehandeld heeft, of heeft nagelaten te doen datgene, wat de wet hem te doen gebood: *constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus. L.* 12 *C. de jur. et fact. ign.* Maar de eerste en volstrekte voorwaarde om gehoorzaamheid aan en naleving van de wet redelijkerwijze te kunnen vorderen, is, dat men elk in de gelegenheid moet stellen om haar te k u n n e n kennen. Men kan niet verbonden zijn door iets, dat men niet heeft kunnen weten dat bestond. Van daar de bepaling van dit artikel: *leges quae constringunt hominum vitas intelligi ab omnibus debent. L.* 9 *C. de legib.*

Hoezeer dit art. meer bepaaldelijk de rijks-wetten op het oog heeft, geldt echter hetzelfde beginsel voor alle andere, bepaaldelijk ook voor de provinciale en gemeentelijke wetten, die ook eerst door en na eene behoorlijke afkondiging verbindend worden. Zie artt. 101, 102. Prov. wet, artt. 168, 174 Gemw. Over de wetten behoorende tot het staatsregt, zie Eerste ged., bl. 34. Wat de algemeene maatregelen van inwendig bestuur betreft, men is zeer lang in het onzekere geweest, *of*, en zoo ja, *hoe* die moesten worden afgekondigd. Zie b. v. *Themis*, *Rechtsk. Tijdschr.*, 1850, bl. 541—551, en arresten van den hoogen raad van 11 April 1843, bij v. d. Honert, *Verz .van arresten van den H. R. der Nederlanden*, *Gem. Zaken*, II, 334—349, van 11 Junij 1844 en van 22 Nov. 1850, *Weekbl. v. h. Regt*, n°. 536, 1181 (*a*). Thans is dit punt behoorlijk geregeld door de wet van 26 April 1852 (*Stbl.* n°. 92), *houdende regeling der afkondiging van algemeene maatregelen van inwendig bestuur van den staat.* — Eene verhandeling over de verschillende wijzen van afkondiging van de wetgevingen van verschillende landen vindt men in de *Rev. de dr. crit. et de législ. comp.* van 1874, pag. 37—58.

---

a) Nog besliste de hooge raad bij arrest van 14 Nov. 1881, *W.* n°. 4708, dat onder de heerschappij van het Besluit van den Souvereinen Vorst van 18 Dec. 1813 *betrekkelijk de daarstelling van een Staatsblad der Vereenigde Nederlanden* (*Stbl.* jg. 1814, n°. 1), alle besluiten die eene algemeene strekking hadden en bestemd waren om de ingezetenen te verbinden, voor hunne regtsgeldigheid afkondiging in het Staatsblad behoefden.

2. De wet wordt gemaakt door den koning en de staten-generaal; maar de afkondiging is uitsluitend een regt aan den koning voorbehouden. Art. 74, 104, 115, 116 Gr.; zie ook Eerste Ged., Inleid., bl. 16—18. Wanneer die afkondiging geschieden moet, is nergens voorgeschreven; de koning doet dit wanneer hij goedvindt. Het verkeerde hiervan, en de misbruiken, waartoe het aanleiding kan geven, zijn onder anderen aangetoond in een vlugschrift, getiteld: *Iets over de vroegere staatsregelingen en de tegenwoordige Grondwet van Nederland*, bl. 75, 76. Reeds vroeger had VAN HOGENDORP, *Bijdragen tot de Huish. van Staat*, VIII, 270, daarop opmerkzaam gemaakt *a*). — De wijze van afkondiging, overgenomen uit art. 1 *C. N.*, verschilt zeer veel van die, welke hier te lande oudtijds gevolgd werd, door aflezing en aanplakking in de onderscheidene gemeenten; VAN LEEUWEN, *R. H. Recht*, 1, 3, 14; VOET, *ad tit. D. de legib.*, 9, 10. Men had deze wijze van afkondiging moeijelijk kunnen behouden, zonder het beginsel, dat de wet voor allen en in het geheele rijk dezelfde moet zijn, te schenden. Immers, daar die materiële afkondiging niet wel gelijktijdig binnen alle gemeenten kan plaats hebben, zou daarvan het onmiddellijk gevolg geweest zijn, dat in de ééne de oude wet van kracht zou zijn gebleven, terwijl eene andere reeds aan het gebied der nieuwe aldaar afgekondigde wet onderworpen was; en zoo zou derhalve dezelfde handeling gelijktijdig op de ééne plaats van waarde zijn, en op een uur afstands als nietig moeten beschouwd worden. Volgens het tegenwoordige art. 2, begint de wet overal gelijktijdig te werken, op het oogenblik dat het er voor gehouden moet worden,

---

a) De zorg voor de uitgave van het Staatsblad en daarmede de bevoegdheid tot het vaststellen van het tijdstip der afkondiging van wetten berustte vroeger bij den Secretaris van Staat. Sedert de opheffing van deze betrekking bij K. B. van 22 Dec. 1840 (*Bijv. t. h. Stbl.* XXVII, 623), was zulks toevertrouwd aan den Directeur van het Kabinet des Konings. Vertraging van de afkondiging en dientengevolge van het in werking treden der wetten, in strijd met de bedoeling van de wetgevende magt, was niet zelden hiervan het gevolg. Vandaar de wensch, dat met de zorg voor de uitgave van het Staatsblad, een verantwoordelijk ambtenaar zou worden belast. Dit geschiedde bij K. B. van 22 Dec. 1863 (*Stbl.* n°. 149), waarbij den Minister van Justitie de zorg werd opgedragen voor de plaatsing in het Staatsblad van de wetten, onmiddellijk nadat zij hem tot dat einde zijn toegezonden.

dat hare afkondiging overal bekend is. Van dán af mag men geene onwetendheid meer voorwenden; maar vroeger daarentegen wordt men door haar niet verbonden, al ware ook het bewijs voorhanden, dat men haar vroeger gekend had. Niet onbelangrijk is een verslag van de in 1822 gehouden beraadslaging over de wijze van afkondiging bij VAN HOGENDORP, t. a. p. 13—24, en volgens welke door sommigen, behalve de plaatsing in het Staatsblad, ook nog was voorgesteld eene meer regtstreeksche bekendmaking door aflezing of aanplakking in de onderscheiden gemeenten, zonder dat echter daarvan de verbindbaarheid der wet zou afhangen. De reden waarom die bepaling in de wet niet is opgenomen, is niet omdat men het nut en zelfs de noodzakelijkheid er van in twijfel trok, maar alleen omdat men haar beschouwde als een administratieven maatregel, die op zich zelve de hoogste aanbeveling verdient, doch niet in de wet te huis behoort.

Dagteekening van het Staatsblad. Men lette wel op deze uitdrukking; daarmede wordt niet bedoeld de eigenlijke dagteekening der wet, zoo als die aan haar hoofd en slot vermeld wordt *a*); maar die der uitgifte van het Staatsblad, onder elk nommer te vinden.

3. Anders was het in het Romeinsche en in ons voormalig regt, toen de regel gold: *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur.* *L.* 32—38 *D. de legib.;* zie voorts Eerste Ged., Inl. bl. 1—4. Maar een aan gewoonte ontleend regt was te onzeker, te veranderlijk, en te zeer afhankelijk van plaatselijke omstandigheden, om met en benevens eene vaste, stellige, en overal voor allen geldende wetgeving te kunnen blijven bestaan. Ons artikel ontzegt mitsdien in den regel alle kracht aan het gewoonteregt, van welken aard het ook zijn moge; want het onderscheidt volstrekt niet. Daardoor blijft dan ook afgeschaft het gewoonteregt, dat men zou kunnen ontleenen aan eene reeks van gewijsde zaken; en al is derhalve een punt honderd of meer

---

a) Dit is de datum waarop de Koning de wet door zijne onderteekening heeft goedgekeurd.

keeren in denzelfden zin beslist, kan de regter hierdoor echter nimmer gebonden zijn (art. 12 *Alg. Bep.*, art. 1954 B. W.), en kan dit hem nimmer beletten bij eene nieuwe beslissing van die reeks van gewijsde zaken af te wijken, zoodra hij van hare verkeerdheid overtuigd is geworden. Dit alles neemt echter niet weg, dat er zich meermalen gevallen kunnen opdoen, waarover de wet duister is, of zelfs geheel zwijgt, en dat de regter alsdan best doet met te onderzoeken, hoe zij tot dusverre is opgevat en begrepen, of op welke wijze zoodanige gevallen vroeger zijn beslist geworden, en zich daaraan te houden, zoo lang er geene overwegende redenen voor het tegendeel bestaan. In die gevallen geldt ook bij ons de regel door CALLISTRATUS geleerd in *l.* 37 *D. de legib.: optima est legum interpres consuetudo*, mits men dien beschouwe als regel van uitlegkunde, en niet als wet. In het ontwerp van 1820, artt. 5—9, vindt men onderscheiden ontwikkelingen van het beginsel thans in art. 3 vastgesteld. Zij zijn grootendeels aan het Romeinsche regt ontleend, en kunnen ook nu nog met vrucht worden toegepast daar waar de wet uitdrukkelijk naar gewoonte verwijst. Zoo is daartoe nog altijd noodig: 1°. langdurigheid van tijd, en 2°. in dien tijd menigvuldigheid van gelijksoortige gevallen, en zoo moet ook nu nog de beoordeeling over het aanwezen dier vereischten geheel aan den regter worden overgelaten *a*). In de Fransche wetboeken komt geene uitdrukkelijke bepaling als deze voor, en van daar dan ook, dat de Fransche schrijvers niet zoo geheel alle regtskracht aan de gewoonte ontzeggen; en b. v. leeren dat de wet kan in onbruik geraken en vervallen door gebruik of gewoonte. Zie TOULLIER, I, 162. Bij ons is dit het geval niet: de gewoonte is geene wet, en de wet kan alleen door eene latere wet, het zij dan uitdrukkelijk of stilzwijgend, worden afgeschaft. Men moet intusschen wel letten op de uitzondering, die het art. naast den regel plaatst voor de gevallen, dat de wet naar gewoonte verwijst. In die gevallen, die zeer menigvuldig zijn, geldt derhalve de gewoonte

a) Zie GOUDSMIT, *Pandecten*, D. I, § 15, die nog bovendien vordert dat de gewoonte berust op de overtuiging eener regtsnoodzakelijkheid.

wel als wet. Dit is b. v. het geval voor het geheele contracten-regt. De uitzonderingen op den regel daarvoor gegeven bij de artt. 1375 en 1383, hebben eene zoo verre strekking, dat deze inderdaad regel wordt, en dat derhalve bij de overeenkomsten, de gewoonte, in den regel, wel degelijk geldt als wet. Aldus werd het dan ook begrepen bij een zeer merkwaardig arrest van den hoogen raad van 11 Maart 1859, *Weekbl.* n°. 2043. Dat arrest had, wel is waar, meer bepaald een handels-contract op het oog; maar de *ratio decidendi* is dezelfde, ook voor gewone burgerlijke overeenkomsten. Eene andere vraag is het, of dezelfde leer ook gelden kan voor gewoonten, die met de wet strijden? Het arrest van den hoogen raad laat die vraag in het midden. Men moet daaromtrent onderscheiden. Art. 14 verbiedt bij overeenkomsten af te wijken alleen van die wetten, die betrekking hebben op de openbare orde of op de goede zeden. Alle andere wetten echter gelden alleen, zoo lang bij overeenkomst niet anders is bepaald; en daaraan kan dus door partijen worden gedérogeerd, zoo wel bij stilzwijgend als bij uitdrukkelijk beding.

Men moet zich intusschen wel wachten voor de dwaling, dat art. 3 zou hebben afgeschaft alle gewoonte-regt, en meer nog, dat het ook zou hebben doen vervallen alle vroeger uit een toen wettig geldend gewoonte-regt verkregen regten. Dit laatste behoeft eigenlijk geene wederlegging. Het zou strijden met den niet minder duidelijken dan algemeenen regel, dat geene wet, en dus ook art. 3 niet, terugwerkende kracht heeft. Maar, wat het overige betreft, is het klaar en duidelijk, dat de hooge raad bij een arrest van 27 Maart 1863, bij VAN DEN HONERT, *Verz. van arr. v. d. hoogen raad der Ned.*, *afd. B. R.*, enz., XXVII, 325—338, aan het art. 3 eene veel ruimere strekking geeft dan het ooit kan bedoeld hebben, en zelfs dan zijne woorden medebrengen, vooral indien men die beschouwt in verband met andere wetsbepalingen. Het arrest wil namelijk den regel van art. 3 toepassen niet alleen op het privaat-, maar ook op het publiek regt, en niet alleen op nieuwe gewoonten, na de invoering der wetgeving van 1838 ontstaan, maar ook op die welke vroeger reeds wettig bestonden. Dat het eerste geheel onjuist is, is reeds

aangetoond in het Eerste Ged., bl. 34 en 35 *a*). Maar niet minder onjuist is het tweede. Beide stellingen worden enkel en alleen gegrond op de algemeenheid van het artikel. En die algemeenheid, behoudens de uitzonderingen, die het artikel uitdrukkelijk toelaat, is zeker niet tegen te spreken, maar zij moet toch beperkt blijven binnen de grenzen van het artikel, en tot die onderwerpen, waarvoor het geschreven is. Houdt men nu dit in het oog, dan moet men beginnen met te vragen, wat het artikel zegt? Eene onvoorwaardelijke afschaffing van alle gewoonte-regt, van vroeger door gewoonte verkregen regten nu is daarin niet te vinden. Gewoonte g e e f t geen regt. Dat is bepaald een voorschrift voor de toekomst; en het beteekent eenvoudig, dat voortaan geene regten meer door gewoonte kunnen worden verkregen. Meer staat er dan ook niet. Maar bovendien, het arrest moet beschouwd worden in verband met art. 1 der wet van 16 Mei 1829 (*Stbl.* n°. 33): »op het tijdstip van de invoering van het B. W. zijn insgelijks afgeschaft alle a l g e m e e n e en plaatselijke gebruiken i n d e s t o f f e n w e l k e b ij h e t n i e u w e w e t b o e k w o r d e n b e h a n d e l d". Dit is beslissend, maar juist dit heeft het arrest van den hoogen raad over het hoofd gezien. Alleen voor die onderwerpen die bij het B. W. geregeld werden, wordt de gewoonte als regt afgeschaft; voor alle andere zaken blijft zij derhalve kracht van wet behouden; en de stelling b. v., dat dit artikel ook zou moeten worden toegepast op onderwerpen van staatsregt, is hiermede geheel onbestaanbaar. Zoo begreep het ook een Kon. besluit van 25 April 1873 (*Raad van State*, 1873, bl. 17). — Nagenoeg alle schrijvers zijn het dan ook oneens met het arrest van den hoogen raad. Zie b. v. *Themis*, 1863, bl. 360 sqq.; *Nieuwe Bijdr. voor de wetg. en regtsg.*, XV, 429 sqq.; VAN HALL, *Handl. der beoef. van het B. R. van Ned.*, bl. 28, 69; NIENHUIS, *Acad. Voorl. over het N. B. R.*, I, 77, 144; HOLTIUS, *Handelsr.*, I, 32, 38; *Weekblad van het Regt*, n°. 2458, 2474, enz. — De schrijver in de *Nieuwe*

---

a) Zie echter aldaar bl. 35, noot *b*.

Bijdr. komt tot het juiste besluit, dat art. 3 het gewoonte-regt alleen afschaft voor het gecodificeerde privaatregt, maar het voor het overige, bepaaldelijk voor het staatsregt, behouden heeft *a*).

4. Dat de bevelen van den wetgever zich niet kunnen uitstrekken over het voorledene, dat de wet geene handelingen kan regelen, geldig of ongeldig kan maken, aangegaan, voltooid of ten uitvoer gelegd in eenen tijd, toen zij nog niet bestond; dat zij geene vroeger ontstane twisten beslissen kan; dat dus de wet eerst begint te werken op het oogenblik harer invoering; dat zij, met één woord, geene terugwerkende kracht kan hebben: dat alles is zoo overbekend en duidelijk, dat is eene zoo tastbare waarheid, dat zij nooit is in twijfel getrokken, maar aan het hoofd van iedere wetgeving te lezen is: *leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, l. 7 C. de leg.* — Maar zoo eenvoudig als de regel is, zoo moeijelijk is dikwijls de toepassing, en over geen regel misschien is meer getwist, en over geen misschien is men zoo weinig tot zekere uitkomsten kunnen geraken. De groote vraag, die men altijd bij de invoering van eene nieuwe wetgeving zoo menigmalen te beantwoorden heeft, is deze: waar is de juiste grenspaal gelegen tusschen het gebied van de oude en dat van de nieuwe wet? waar houdt het gezag van de eerste op, en waar begint de tweede te werken, als het er op aan komt, om na de invoering der nieuwe wet eene beslissing te nemen omtrent handelingen, die onder de oude wet zijn begonnen? — De vragen hieruit ontstaande, noemt men *transitoire questiën*, en de regelen daarover, het zij door den wetgever, het zij door de wetenschap

---

a) Anders DIEPHUIS, het *Ned. Burg. Regt*, D. I, bl. 99 vlg. en OPZOOMER, t. a. p., bl. 76—100. Men behoort hier te onderscheiden. Een onder de vorige wetgeving verkregen regt, een regt in subjectieven zin, wordt niet door art. 1 der wet van 16 Mei 1829 getroffen, ook dan wanneer de bron van dat regt is niet de toenmaals bestaande wet, maar eene toen wettig geldende gewoonte. Daartegen is art. 3, *Alg. Bep.* niet gerigt.

Het gewoonteregt daarentegen in objectieven zin, als algemeen bindende regel, wordt door dat artikel, volgens de aangehaalde schrijvers, geheel onbeperkt buiten dienst gesteld, zonder eenige uitzondering buiten die, welke door de wet zelve uitdrukkelijk wordt aangewezen.

gegeven, *transitoir regt*. Het zou onmogelijk zijn hier in vele bijzonderheden te treden over een zoo moeijelijk en veel omvattend onderwerp. Genoeg zij het te zeggen, dat men het te vergeefs beproefd had in het Ontwerp van 1820, Artt. 23—35, dergelijke vragen af te snijden en op te lossen. Men heeft later ingezien, dat deze bijzonderheden niet alleen gelegen waren buiten het gebied van den burgerlijken wetgever, maar daarenboven toch altijd onvolledig bleven, en alzoo de zwarigheid eerder vermeerderden dan verminderden. Men heeft er zich daarom nu toe bepaald, om over het *transitoire* regt eenige algemeene en bijzondere voorschriften vast te stellen in eene afzonderlijke wet *op den overgang van de vroegere tot de nieuwe wetgeving* *a*), en het overige aan de wetenschap over te laten. Zoowel aan het Ontwerp van 1820 als aan de nieuwe *transitoire* wet, schijnt voornamelijk tot grondslag gediend te hebben het bekende werk van MEIJER, *Principes sur les Questions Transitoires*, waarvan in 1858 eene nieuwe uitgave het licht heeft gezien, bezorgd en met een *supplement* vermeerderd door Mr. A. A. DE PINTO. De voorname regelen, die daarbij op den voorgrond staan, zijn deze: 1°. de vorm van alle handelingen moet worden beoordeeld naar de wet, van het oogenblik, waarop zij zijn aangegaan (*tempus regit actum*); 2°. de staat der personen, met betrekking tot de uitoefening hunner burgerlijke regten, wordt beoordeeld naar de wet van het oogenblik; 3°. de overeenkomsten worden beoordeeld volgens de wet, die in werking is op den tijd, waarop zij ten uitvoer gelegd moeten worden, zonder dat nogtans daardoor immer reeds onder de oude wet verkregen regten mogen worden benadeeld; 4°. regten, die nog niet onherroepelijk waren verkregen, worden naar de nieuwe wet geregeld. Dezelfde regelen en beginselen die men voor het *transitoir* regt aanneemt, moeten ook worden in acht genomen bij de oplossing der zoogenaamde conflicten van internationaal regt, wanneer het de toepassing geldt van de wetgevingen van verschillende staten. Zie *Themis*, 1843,

---

a) Wet van 16 Mei 1829 (*Stbl.* n°. 29), gewijzigd bij de wet van 23 Dec. 1837 (*Stbl.* n°. 78).

bl. 352—371; A. DE PINTO, *Adv.*, bl. 2—11 *a*). — De leer van MEIJER is nu zeker wel niet boven allen twijfel verheven, maar de tegenwoordige wet schijnt het naaste daarbij te komen. Van een geheel ander beginsel, b. v., is HUIDEKOPER uitgegaan in eene verhandeling, te vinden in de *Regtsg. Bijdr.*, I, 161—203, alwaar alles wordt teruggebragt tot eene onderscheiding der wetten in toekennende (*attributieve*) en verklarende (*declaratieve*). Nog anders is de leer van WEBER, *über die Rückanwendung positiver Gesetze*, die alles verklaart uit den regel, dat men de wet nimmer zoo mag toepassen, als of zij reeds vóór hare afkondiging bestaan had. Zie over die leer ook J. SMITS VERBURG, *Diss. de leg. ad praet. non revoc.* L. B. 1823. Zie ook nog de schrijvers vermeld bij A. A. DE PINTO, *Suppl.*, 112—114 *b*).

Men moet nogtans de terugwerkende wet niet verwarren met eene verklarende (*interpretatieve*) wet, die alleen dient tot opheldering en verklaring eener duistere wet, over welker toepassing en uitlegging verschillen zijn gerezen. Het gevolg van zulk eene wet is, dat ook de vroeger plaats gehad hebbende gevallen, die nog door geen eindvonnis of dading afgedaan zijn, naar haar behooren beslist te worden; want de wetgever doet daardoor niets meer dan te verklaren, welke van den beginne af zijne meening geweest is, en hij maakt geene nieuwe wet; dat is dus geene terugwerking *c*).

Ons artikel zegt, dat de wet a l l e e n v e r b i n d t v o o r h e t

---

a) Het betreft hier vraagpunten van internationaal privaatregt. De wetenschap hiervan erlangt vooral in den laatsten tijd, tengevolge van het steeds toenemend verkeer tusschen de onderdanen van alle beschaafde natien, groot practisch belang. Met hare beoefening houden zich dan ook tal van uitstekende regtsgeleerden bezig. Zie Mr. T. M. C. ASSER, *Schets van het internationaal privaatregt*, Haarlem 1878.

b) Het voorschrift van art. 4 bindt alleen den regter niet den wetgever. Deze mag aan de nieuwe wet terugwerkende kracht toekennen. Hij behoort daarbij echter met groote behoedzaamheid te werk te gaan. Zie OPZOOMER, t. a. p., bl. 109—111.

c) Zie in tegenovergestelden zin OPZOOMER, t. a p , bl. 113—122, DIEPHUIS, het *Ned. Burg. Regt*, D. I, bl. 38 en 39 en de aldaar aangehaalde schrijvers, en ASSER, t. a. p., bl. 36 en 37. Ik vereenig mij met deze zienswijze. De zoogenaamde *interpratieve* wet bepaalt in welken zin, naar 's wetgevers wil, de vroegere wet moet worden verstaan, en daarbij is het geheel onverschillig of die opvatting al dan niet in overeenstemming is met de regelen der uitlegkunde door de regtswetenschap gehuldigd. Door het uitvaardigen van die wet, beveelt hij dat men

toekomende, en daaraan is misschien het menigvuldig gebruik van den toekomenden tijd in de nieuwe wetboeken toe te schrijven. Deze uitdrukking is echter minder juist, omdat het zeker is, dat de wet ook verbindt voor het tegenwoordige, zoo als beter gelezen werd in art. 23 van het Ontwerp van 1820 *a*).

5. Het spreekt van zelve, dat de wet alleen kan worden afgeschaft op dezelfde wijze waarop zij is tot stand gekomen, en dat dus die afschaffing door geene gewoonte of reglementaire bepalingen geschieden kan. De afschaffing geschiedt echter stilzwijgend of uitdrukkelijk. Het eerste heeft plaats, wanneer de latere wet met de vroegere zoodanig in strijd is, dat beiden niet te gelijk kunnen blijven bestaan: *lex posterior derogat priori*, *quatenus ei contraria est. L. 4 D. de const. pr.* Zie boven ad art. 3.

6, 7. Deze bepalingen zijn hoogst eenvoudig en natuurlijk: zij zijn overgenomen uit het oude regt, en stemmen overeen met art. 36 *C. N.* Tot regt verstand daarvan heeft men alleen voor oogen te houden het onderscheid tusschen de zoogenaamde *statuta personalia et realia*, waarover zie VOET, *de Statutis*, 2 en 3. De eersten zijn die wetten, die voornamelijk den persoon tot onderwerp hebben; daartoe behooren de bepalingen omtrent meerderjarigheid, huwelijk, voogdij, en in het algemeen omtrent alles, waarover in het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek gehandeld wordt: zij volgen den Nederlander, waar hij zich ook bevinden moge. Tot de *statuta realia* behooren die wetten, die voornamelijk de zaken tot onderwerp hebben; zij strekken zich alleen uit tot onroerende goederen, omdat roerende goederen geen gevolg in regten hebben, en dus den persoon des bezitters volgen. Art. 2014 B. W., zie beneden ad § 1207 *b*). Uit

---

zich naar de door hem gegeven uitlegging gedrage. Dat bevel zal, gelijk ieder ander bevel van den wetgever, alleen voor de toekomst werken.

Wat daarvan zij, dat de wetgever de wet, dus ook eene verklarende wet, kan laten terugwerken, volgt uit het op de vorige bladzijde in noot *b*) aangeteekende. Voorbeelden daarvan vinden wij in de wetten van 14 Sept. 1866, *Stbl.* n°. 123 en van 1 Junij 1875, *Stbl.* n°. 81. Zie art. 2 van beide wetten.

a) In de wetten van later tijd treft men deze minder juiste terminologie slechts zelden aan.

b) Anders echter OPZOOMER, t. a. p., bl. 141 en 142, en DIEPHUIS, t. a. p., bl. 73—76.

art. 7 volgt dus, dat de onroerende goederen van den Nederlander, in een vreemd land gelegen, onderworpen zijn aan de vreemde wet; en omgekeerd, dat alle onroerende goederen, in Nederland gelegen, volgens de Nederlandsche wet worden verkregen, bestuurd, bezwaard en verloren, al behooren zij ook aan vreemdelingen.

Geldt de regel van art. 6 ook voor vreemdelingen, met dat gevolg dat zijn persoonlijke staat hier te lande wordt geregeld door de wet van zijn land? Over die vraag is men het niet eens. Verg. o. a. v. EMDEN, *de Regtspr. van den H. R.*, a. h. a., sub n°. 3. Zij is echter op goede gronden toestemmend beantwoord in *Nieuwe Regtsg. Bijdr.*, VI, 55—72, en *Regtsg. Adv.*, IV, 26—34. Als hier al niet uitdrukkelijk gesproken wordt van vreemdelingen, dan wordt toch ook hier noch ergens anders geleerd, dat in strijd met alle beginselen van wetgeving en volkenregt, de persoonlijke staat van den vreemdeling zou moeten worden beoordeeld naar de Nederlandsche wet. Vruchteloos beroept men zich dan ook op art. 9. Dat artikel spreekt vooreerst van burgerlijk regt; hier geldt het een beginsel van volkenregt, waarover onze burgerlijke wet niets beslist en niets kan beslissen. Maar bovendien, wat zegt dan art. 9, indien men alleen aan de letter daarvan wil blijven hangen? — Alleen, dat het burgerlijk regt hetzelfde is voor den vreemdeling als voor den Nederlander. Wel nu: de persoonlijke staat van den Nederlander wordt beoordeeld naar de wet van zijn land; hetzelfde regt moet dus de vreemdeling hebben. Art. 6 huldigt eenvoudig het beginsel van het *statutum personale*, voor den vreemdeling derhalve, zoo wel als voor den Nederlander, juist omdat het regt voor beiden hetzelfde is *a*).

8. Deze wetten, wier voornaam doel is bescherming van de maatschappij en van hare leden, handhaving der openbare orde en algemeene rust, veiligheid van de personen en goederen der ingezetenen, zouden nimmer haar doel kunnen bereiken, indien zij niet tegen allen, die zich op het grondgebied van den staat

---

a) In gelijken zin zie nog LAURENT, in *Rechtsgel. Mag.*, 1e jaarg, bl. 204 vlg., en ASSER, t. a. p., bl. 47 en 48.

bevinden, konden ingeroepen worden; en de vreemdeling, die hier gelijke bescherming vindt voor zijnen persoon en voor zijne goederen als de Nederlander (Art. 3 Gr.), kan er zich voorzeker niet over beklagen, als men wederkeerig van hem daarvoor vordert gehoorzaamheid aan de wet, en eerbied voor de openbare rust en veiligheid.

9. Zie beneden de aant. *ad* § 6. Zie ook H. 's JACOB, *Diss. cont. disp. ad Art.* 9 *legis qu. gen. exhibet praecepta.* L. B. 1850, en eene verhandeling in de *Themis*, 1840, bl. 253—281, waarin hoofdzakelijk en op goede gronden betoogd wordt, dat, uit krachte van dit art., de vreemdeling in den uitgebreidsten zin het regt heeft om in Nederland en voor den Nederlandschen regter in regten op te treden zelfs tegen den vreemdeling. Hetzelfde leert ook FOELIX, *Traité du droit internat.*, pag 191 *a*). Verg. voorts *Handl. tot het Wetb. van B. R.*, *Aant. ad* § 9. De regel is nu wel, dat de vreemdeling gelijk regt heeft als de ingezetenen: dat echter op dien regel gewigtige uitzonderingen bestaan, zoo als in de artt. 152, 153 W. van B. R., alwaar gehandeld wordt over de *cautio judicatum solvi*, zal in den loop dezer aanteekeningen blijken, en dat de regel van gelijkheid gelden moet overal, waar niet in de wet zelve uitdrukkelijk eene uitzondering te lezen staat, spreekt van zelven. — Eene uitzondering voor het erfregt, welke gevonden werd in de artt. 884 en 957 B. W., is vervallen door de wet van 7 April 1869, (*Stbl.* n°. 56). — Zie ook Eerste Ged., bl. 31.

10. Dit artikel is de bekrachtiging bij ons van den bekenden regel: *locus regit actum*, waarover zie H. A. HARTOGH, *Diss. de reg. jur. l. r. a.* L. B. 1838. Men kan de toepassing van dien regel vinden onder anderen in artt. 138, 139, 992 B. W. *b*).

---

a) Anders echter beslistte de arrondissements-regtbank te Rotterdam bij vonnis van 10 Jan. 1880, *W.* n°. 4477.

b) Een voorbeeld van zuivere toepassing leveren die artikelen niet. Immers art. 138 eischt bovendien dat hier te lande de huwelijks-afkondigingen, zonder stuiting, hebben plaats gehad. Art. 992 vordert steeds eene authentieke akte, ook waar zulks in het buitenland niet vereischt wordt. Eene zuivere toepassing van den regel bevat art. 310 *Wetb. v. Kooph.*

11. De regter, die alleen geroepen is om de wet, die algemeen is en voor allen gelijk, toe te passen, kan het verbod van dit artikel niet overtreden, zonder op het terrein van den wetgever te komen. Daaruit volgt echter geenszins, dat hij zich alleen mag houden aan de doode letter der wet; hij mag en moet ook onderzoeken, welke de waarschijnlijke bedoeling van den wetgever geweest is, indien deze zich van duistere en onduidelijke bewoordingen bediend heeft, en hij maakt daarbij gebruik van de regelen van uitlegkunde, die de regtswetenschap hem aan de hand geeft. Doch altijd moet hij de wet toepassen, zoo als zij is, en niet zoo als hij zich verbeeldt, dat zij behoorde te zijn. Vindt hij de wet hard of onbillijk, dan blijft hem niets anders over dan om met ULPIANUS *l.* 12, § I, *D. qui et a quib. manum.* te zeggen: *perquam durum est, sed ita lex scripta est a*). — Voor de uitlegging van wetten vindt men eenige zeer bruikbare voorschriften in het Ontwerp van 1820, artt. 46—64.

De regter mag de innerlijke waarde der wet niet onderzoeken, dat wil zeggen: hij mag niet onderzoeken of de wet goed of slecht, nuttig of schadelijk, billijk of onbillijk is; maar hij mag en hij moet zelfs wel onderzoeken, of datgene, waarvan de toepassing bij hem gevorderd wordt, werkelijk eene wet is; of het afkomstig is van het gezag dat daartoe de bevoegdheid heeft. Zoo b. v. zal de regter de toepassing weigeren van een koninklijk besluit, dat in de plaats van een reglement van bestuur, wat de koning ingevolge art. 72 Gr. kan uitvaardigen, inderdaad eene wet is, omdat de koning niet bevoegd is wetten te maken. In dat geval echter beoordeelt de regter niet de innerlijke waarde, maar de wettigheid van het besluit en de bevoegdheid van het gezag dat het uitvaardigde. Dat daarentegen de regter in geen geval mag treden in het onderzoek naar de grondwettigheid van de algemeene landswet door den koning en de staten-generaal vastgesteld, en dus niet weigeren mag regt te spreken op zulk eene wet, omdat hij haar beschouwt in strijd te

---

a) „C'est le vieil adage, que le juge doit, non pas juger les lois, mais selon „les lois... Il est le ministre de la loi et je dirais volontiers qu'il en est l'esclave." LAURENT, in het *Rechtgel. Mag.*, 1e jaarg., bl. 194.

zijn met de Grondwet, is op goede gronden aangetoond in de *Verz. van Regtsg. Adv.*, III, 31—37. Dit is echter niet alleen het gevolg van het verbod van dit art., maar het is bovendien een uitvloeisel van de grondwettige voorschriften zelve omtrent de wetgevende magt, die geheel onafhankelijk is en aan geene contrôle van eenige andere magt onderworpen, zoodat dan ook art. 115 Gr. duidelijk zegt, dat iedere wetsvoordragt door den koning en de staten-generaal aangenomen, kracht van wet verkrijgt, en er zelfs bijvoegt, dat de wet onschendbaar is *a*).

Voor het overige is ook het beginsel van dit artikel algemeen, en moet het bijgevolg gelden zoo wel voor plaatselijke en provinciale wetten (verordeningen), als voor de algemeene wet; en zal dus de regter even weinig de toepassing mogen weigeren van eene plaatselijke of provinciale verordening door de bevoegde wetgevende magt vastgesteld, omdat hij die in strijd oordeelt met de ééne of andere wet, als van de algemeene wet, wegens vermeenden strijd met de grondwet. In het één en ander geval beoordeelt hij de innerlijke waarde der wet. Het is waar, dat vóór de tegenwoordige gemeente- en provinciale wet het tegendeel vrij algemeen werd begrepen en ook door de jurisprudentie aangenomen. Zie b. v. arrest van den H. R. van 23 Nov. 1841, bij VAN DEN HONERT, *Gem. Zak.*, II, 49—86, en het is misschien ook waar, dat daarvoor toen welligt gewigtige gronden waren aan te voeren. Anders echter is het thans. Het is zoo, plaatselijke en provinciale verordeningen mogen niet strijden met de wet, art. 133, 140 Gr. Maar dat kan de *ratio decidendi* niet zijn. De wet mag ook niet in strijd zijn met de grondwet, en toch, al is zij dat, de regter moet haar toepassen; want het is niet zijne zaak dat te onderzoeken of daartegen te waken. En dat nu, na de invoering der gemeentewet, die het koninklijk toezigt over de plaatselijke wetgeving naauwkeurig heeft geregeld, hetzelfde beginsel gelden moet voor de plaatselijke verordeningen,

---

a) Zie in gelijken zin DIEPHUIS, t. a. p., bl. 88 vlg., en de aldaar in utramque partem aangehaalde schrijvers, benevens G. J. TH. BEELAERTS VAN BLOKLAND, in zijne dissertatie, *Over de onschendbaarheid der wet.* In de tegenovergestelde leer volhardt OPZOOMER, t. a. p., bl. 178 vlg.

en dat aan den koning en aan den koning alleen het regt toekomt, om te onderzoeken en te beslissen, in hoe verre zij al of niet met de wet overeenstemmen, is op goede gronden in het breede aangetoond o. a. in *Themis*, 1852, bl. 1—12, en *Regtsg. Adv.*, V, 8—13. Anders echter *Opm. en Meded. betr. het Ned. regt*, IX, 145, 146 *a*). Wanneer echter een gemeentebestuur verder mogt gaan dan het huishoudelijk belang zijner gemeente te regelen, door eene wet in te voeren, bestemd om te werken buiten de grenzen van zijn grondgebied, dan zullen zulke wetten niet verbindend zijn, ook niet voor den regter. De reden echter is, omdat, in dat geval, het plaatselijk bestuur niet is binnen, maar buiten de grens zijner grondwettelijke bevoegdheid. Dat eindelijk de verordening, om verbindend te zijn, moet voldoen aan den vorm der wet, spreekt van zelve. Zonder dat is er geene plaatselijke verordening. Voor de provinciale verordeningen zal dit alles evenzeer moeten gelden, vooreerst omdat er geen reden is om te onderscheiden tusschen deze en de plaatselijke verordeningen, maar ten andere ook omdat, hoezeer eenigzins anders, ook daarvoor de zaak volledig is geregeld bij de artt. 140 en 143 der Prov. wet, die deze verordeningen onderwerpen alleen aan de koninklijke goedkeuring, maar even weinig als de gemeente wet, van eenig regterlijk toezigt gewagen of dit vooronderstellen.

12. Het kenmerkend onderscheid tusschen de wet en de regterlijke beslissing is juist daarin gelegen, dat de eerste algemeen is en allen verbindt 1), terwijl de tweede slechts een enkel geval beslist, en alleen kracht heeft voor de partijen tusschen welke zij gewezen is (art. 1954 B. W.), zonder immer tegen derden, ook voor een gelijksoortig geval, te kunnen worden ingeroepen, *cum*

---

a) Herhaaldelijk is door de H. R. in strijd hiermede beslist, dat de regter verpligt is de plaatselijke verordeningen aan de wet te toetsen en bij strijd tusschen beide, de verordening niet toe te passen. Zie de jurisprudentie en de litteratuur hierover bij VAN EMDEN, D. I, 1e verv., bl. 326 vlg., 498; 3e verv, bl. 135 vlg.; 4e verv., bl. 89 en 5e verv., bl. 6.

1) La loi ne doit établir que des principes généraux. Elle ne doit ni spécialiser ni individualiser. Elle doit avoir en vue le genre et non l'espèce, la règle et non le cas. — *Rev. étr. et Tr. de législ. et d'écon. pol.*, II, 818.

non exemplis, sed legibus judicandum sit. L. 13 *C. de sent. et interl.* Elke regtszaak maakt een afzonderlijk punt van onderzoek uit, en het is dus de pligt van denzelfden regter, die reeds éénmaal eene zaak verkeerd mogt hebben beslist, bij eene volgende gelegenheid op zijne eigen uitspraak terug te komen, zijne dwaling vaarwel te zeggen, en geenszins daarbij te blijven volharden. Zie voorts boven ad art. 3. Men ziet dus, hoe verkeerd het is, om al te veel gewigt te hechten aan de zoogenaamde *jurisprudentie*, en deze in de plaats der wet te stellen, eene verkeerdheid, die inzonderheid in Frankrijk, in de laatste jaren meer en meer veld heeft gewonnen. Verg. *Regtsg. Bijdragen*, X, 204, 572, 573, en DE BOSCH KEMPER, *Gedachten*, *enz.*, 65—73. Dat alles neemt echter niet weg het nut en het gewigt, om van die *jurisprudentie* kennis te dragen. Voor hem, die zich met de behandeling van regtszaken bezighoudt, is zij onmisbaar, omdat het daarvan dikwijls, en niet zelden meer zelfs dan van het regt, zal afhangen of een regtsgeding al dan niet, met hoop op een goeden uitslag, kan worden aangevangen; maar ook voor de wetenschap is zij hoogstbelangrijk, voor zoo verre in de regterlijke uitspraken juiste en goede gronden voor de beslissing van betwiste punten voorkomen, afkomstig van hen, die gewoon zijn dezen met onpartijdigheid en naauwgezetheid te onderzoeken. Verg. voorts *Briefw. van eenige Regtsgeleerden*, bl. 166—168; H. W. TYDEMAN, *Regtsgeleerd Mengelwerk*, bl. 163—167.

13. Indien de regter op eenigen dezer gronden kon weigeren eene beslissing te geven, dan zou er geen goed regt meer kunnen gedaan worden; dan zouden de meeste geschillen onbeslist moeten blijven. Intusschen is het niet mogelijk in een wetboek alle gevallen, die immer kunnen plaats hebben, te voorzien. De regter moet dus in die gevallen, waarover de wet zwijgt, zijne toevlugt nemen òf tot de analogie van het regt, door van een voorzien tot een niet voorzien geval te redeneren, òf, waar dit onmogelijk is, moet hij de regelen der natuurlijke billijkheid raadplegen *a*).

---

a) Uitvoerig wordt de taak des. wetgevers, zoowel in geval van stilzwijgen of onvolledigheid als van duisterheid der wet, behandeld door C. ASSER, *Handl.*, bl. 74 vlg.

Over de burgerlijke actie tot schadevergoeding, uit regtsweigering voortvloeijende, zie art. 844—853 W. van B. R. Zij is daarenboven een wanbedrijf, door art. 185 C. P. gestraft met eene geldboete van 200 tot 500 francs, en onbekwaamheid voor alle openbare bedieningen van 5 tot 20 jaren *a*). — Men gevoelt echter, dat de bepaling van dit artikel alleen toepasselijk is op het burgerlijk regt, en dat daardoor niet gederogeerd wordt aan den regel van het strafregt: *nullum delictum*, *nulla poena sine praevia lege poenali.* Hoe berispelijk, hoe zedeloos, hoe slecht ook eene daad moge zijn, waarvan iemand beticht wordt, de strafregter vermag hem niet te straffen, indien niet die daad bij de strafwet voorzien, en daartegen straf bedreigd is. Zie art. 4 van den nog geldenden Franschen *Code Pénal b*). Dit kan aan geen twijfel onderhevig zijn; en wanneer dus NIENHUIS, *Acad. voorl. over het Ned. Burgerlijk regt*, bl. 189, leert, dat die regel ook in strafzaken gelden moet, dan zal daarmede wel bedoeld worden, dat ook de strafregter niet mag weigeren uitspraak te doen, op grond dat de strafwet het geval niet voorziet. Dit is ook volkomen waar; maar de uitspraak zal dan eene vrijspraak of een ontslag van regtsvervolging moeten zijn *c*). Art. 210, 234 Strafv.

14. *Privatorum conventio juri publico non derogat. L.* 45 *D. de R. J.* Zie ook *l.* 6 *C. de pactis*, en VOET, *de Statutis*, 18. Echter is het niet mogelijk *a priori* bij eenen algemeenen regel vast te stellen, welke handelingen en overeenkomsten in de termen van dit artikel kunnen vallen. Het wordt ook niet verboden bij overeenkomst af te wijken van alle wetten, zonder onderscheid. Er zijn wetten, wier bepalingen het aan den burger vrijstaat bij zijne handelingen in te roepen of uit te sluiten, naar mate hij begrijpt, dat zijne belangen dit medebrengen *d*). Zoo staat het

---

a) In het nieuwe wetboek van Strafrecht wordt de regtsweigering niet strafbaar gesteld.

b) Art. 1 nieuw Strafwetboek.

c) In het gestelde geval zal de regter een ontslag van regtsvervolging moeten uitspreken. Vrijspraak behoort dan plaats te hebben als de ten laste gelegde feiten of de schuld des beklaagden daaraan niet bewezen zijn.

d) Die wetten behooren tot het zoogenaamd aanvullend of regelend regt.

aan de echtgenooten vrij bij bijzondere bedingen hunne wederzijdsche regten, met betrekking tot hunne goederen, te regelen, en daardoor af te wijken van de wettelijke gemeenschap van goederen. Zoo regelt de wet de erfopvolging bij versterf, maar laat het aan iedereen vrij om daarvan af te wijken, en bij uitersten wil zoodanige beschikkingen over zijne nalatenschap te maken, als hij mogt goedvinden. Daarenboven geldt ook bij ons de regel van *l.* 29 *C. de pactis: omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare;* ten zij de wet het tegendeel bepale, en ook dit uitdrukkelijk verbiede, zoo als b. v. art. 1370 B. W. verbiedt om afstand te doen van eene erfenis, die nog niet opengevallen is; zie een ander voorbeeld in art. 1984 B. W. — Daarentegen geeft de wet aan de ouders het vruchtgenot van de goederen hunner kinderen, die nog geene twintig jaren bereikt hebben (artt. 367—375 B. W.); maar daar dit een regt is uitsluitend ten behoeve van de ouders ingevoerd, staat het hun volkomen vrij daarvan afstand te doen. Zoo staat het ook aan den meerderjarigen zoon vrij om, na den dood zijner ouders, afstand te doen van het wettelijk erfdeel, hem bij artikel 960 B. W. toegekend. — Voorts zijn in het algemeen verboden alle handelingen strijdig met de wetten, die betrekking hebben op de openbare orde, dat is, bij wier vaststelling de wetgever niet zoo zeer op het oog heeft gehad de belangen van sommige bijzondere personen, als die van de geheele maatschappij *a*); daartoe kunnen vooral gebragt worden zoodanige wetsbepalingen, die een stellig gebod of verbod inhouden; voorbeelden van het eerste vindt men onder anderen in artt. 376—384 B. W., handelende over het onderhoud, dat ouders en kinderen aan elkander over en weder verschuldigd zijn te geven; in art. 387 B. W., bevelende, dat elk, die geene wettige reden van verschooning heeft, genoodzaakt is eene hem opgedragen voogdij te aanvaarden, enz. Voorbeelden van het laatste treft men aan in artt. 2 en 4 B. W., waarbij de slavernij en de burgerlijke dood verboden worden; in art. 926 B. W., waarbij de fideïcommissaire substi-

---

a) Die wetten behooren tot het zoogenaamd gebiedend of absoluut regt.

tutien verboden worden, enz. — Zoo heeft al verder de Staat er groot belang bij, dat de huwelijken hoe meer hoe liever vermenigvuldigd worden, en daardoor de bevolking in eenen bloeijenden toestand blijve; het beding dus, waarbij men zou afzien van de bevoegdheid om zich in den echt te begeven, zou nietig zijn. Evenzeer zijn van openbare orde de bepalingen omtrent de magt van den getrouwden man over zijne vrouw, omtrent die van den vader over zijne kinderen, of die van den voogd over zijne pupillen, en in het algemeen alle bepalingen rakende de regten, den staat en de bevoegdheid der personen, vastgesteld in het algemeen belang der geheele maatschappij, en zijn dus nietig de bedingen, waardoor deze verkort, veranderd of gewijzigd worden. Eindelijk verbiedt ons artikel nog die handelingen, die in strijd zijn met de wetten, die betrekking hebben op de goede zeden. Het is echter moeijelijk die wetten van die welke de openbare orde betreffen, te onderscheiden, en men mag misschien met den spreker in het Fransche Tribunaat (op art. 6 *C. N.*) zeggen, dat al wat strijdig is met de goede zeden, ook strijdt tegen de openbare orde, maar dat niet alles wat de openbare orde vordert, ook door de goede zeden wordt voorgeschreven, omdat, wat het eerste aangaat, de Staat en mitsdien de openbare orde er belang bij heeft, dat ieder burger zich naar de voorschriften der goede zeden gedraagt, en men zou daaruit kunnen afleiden, dat de vermelding dezer laatste eigenlijk overtollig is; het is dan ook alleen tot meerdere duidelijkheid en volledigheid, dat daarvan hier nog gewag gemaakt wordt. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle*, I, p. 319 (*éd. Brux.*, 1836). Zie voorts A. de Pinto, *Comm. de causa obl.*, Utr., 1835, pag. 76—92.

EERSTE BOEK.

VAN PERSONEN.

TITEL I.

VAN HET GENOT EN HET VERLIES DER BURGERLIJKE REGTEN.

(Artt. 1—4. EERSTE GEDEELTE, § 1, 2, bladz. 41, 42.)

Geschriften: ASSER, 14—18; VOORDUIN, II, 1—21; VAN DER VOORT, *het Ned. Burg. Wetb. uit deszelfs beginselen verklaard, en met de bepalingen der Fransche wetgeving vergeleken*, I, 1, 1—10; DIEPHUIS, *het Nederl. Burgerl. Regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, I, (*Tweede druk*) 5—16; OPZOOMER, *het Burg. Wetb. Aant. op de Artt. die thans nog verklaring behoeven*, I, 1—7; OPZOOMER, *het Burg. Wetb. verklaard*, I, 11—27; SASSEN, 40—51; DONKER CURTIUS, *Vrijmoedige Aanmerkingen* enz. 6—14; *Regtsgeleerde Bijdragen*, IV, 244, VI, 219—221; P. E. NAHUYS, *Diss. de differentiis Cod. Civ. Fr. et novi Cod. Belg. in adquirenda civitate*, *Tr. ad Rh.*, 1827; VAN HOGENDORP, *aang. Diss.*, 48—60; DIEPHUIS, *het Nederl. Burgerl. Regt*, D. I, 182—197; ASSER, *Handl. tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, I, 88—97.

§ 1. Vrij. De slavernij en andere persoonlijke dienstbaarheden worden in het rijk niet geduld (Art. 2). Onder de laatste versta men alle dienstbaarheden, die, hetzij uit geboorte, hetzij uit alle andere oorzaken, dan eene vrijwillige overeenkomst, zouden ontstaan, want het blijft geoorloofd zijne diensten voor eenen zekeren tijd aan een ander te verhuren, volgens de bepalingen

3*

van de artt. 1637—1639 (zie beneden, *ad* § 938—941) *a*). Zoolang nog de slavernij in onze overzeesche bezittingen bestond, volgde reeds uit het hier geleerde, dat de slaaf, zoodra hij in het moederland was aangekomen, *ipso jure* vrij werd, en zonder zijne toestemming nooit weder naar de kolonie en tot zijnen vorigen staat kon teruggebragt worden; en zelfs, dat hij, in de kolonie terugkeerende, ongeacht zijnen vorigen toestand, vrij man bleef. Verg. *Regtsgel. Bijbl.*, II, 145—149. Thans echter is de slavernij in alle onze koloniën afgeschaft bij art. 115 der wet van 2 Sept. 1854 (*Stbl.* nº. 129), en bij de wetten van 7 Mei 1859 (*Stbl.* nº. 33), en van 8 Aug. 1862 (*Stbl.* nº. 164 en 165).

Burgerlijke regten. Dat zijn die regten, waarover in het Burgerlijk Wetboek gehandeld wordt. Allen, ook vreemdelingen, hebben gelijk genot van die regten, voor zoo verre nogtans de wet niet bepaaldelijk het tegendeel heeft vastgesteld. Deze bepaling, die slechts de weêrklank is van art. 9 Alg. Bep., is den vreemdelingen schijnbaar veel gunstiger dan art. 11 *C. N.*, en bevat, behoudens de uitzonderingen, eene afschaffing van het in Frankrijk van ouds bekende en bij art. 11 behouden *droit d'aubaine*, over welk regt verdient gelezen te worden A. M. DE ROUVILLE, *Diss. de jur. albinatus*, L. B. 1835 (zie ook KEMPER, *Gesch. der Delib.*, III, 330). Geheel onafhankelijk echter van het genot der burgerlijke regten is dat der staatkundige regten, zoo als b. v.: het stemregt, de verkiesbaarheid tot lid der staten-generaal, de bevoegdheid om tot een ambt of openbare bediening geroepen te worden, enz. Deze allen worden alleen overeenkomstig de Grondwet verkregen (art. 1 en artt. 4—10 Gr.), en het Burgerlijk Wetboek kon geene verandering

a) Verboden zijn alleen die regtsbetrekkingen, waarbij de mensch ophoudt persoon, subject van regten te zijn en dienende zaak wordt. Geheel iets anders is de overeenkomst, waarbij iemand zijne diensten verbindt, art. 1637 *B. W.* Ja zelfs al zou men zijne diensten levenslang verbinden, zou zulks nog geene dienstbaarheid in den verboden zin van art. 2 opleveren, maar alleen tegenover den verbondene eene persoonlijke vordering geven, die bij niet-nakoming, volgens art. 1275, zich in vergoeding van kosten, schade en interessen oplost. ASSER, *Hdl.*, bl. 97.

brengen in hetgeen daaromtrent bij de Grondwet was vastgesteld, vooreerst: omdat het zich niet met het staatsregt bezig houdt; en ten tweede, omdat in de Grondwet geene veranderingen kunnen gemaakt worden, vóórdat de noodzakelijkheid daarvan bij eene wet verklaard is te bestaan, en er dan nog tot het daarstellen daarvan meer dan eene wet vereischt wordt. Zie artt. 196—199 Gr. — Wie ten aanzien van het genot van burgerschapsregten voor Nederlanders worden gehouden, leert de wet van 28 Julij 1850, ter uitvoering van art. 7 Gr. (*Stbl.* n°. 44).

Zonder dat, enz. De burgerlijke dood was zeker al ééne der hatelijkste en buitensporigste fictiën in het Fransche (artt. 22—33 *C. N.*) of eenig ander regt bekend; en wij mogen ons geluk wenschen met de geheele afschaffing eener fictie, die trouwens, zoo zij al niet regtens bij het besluit van den 11 December 1813 (*Stbl.* n°. 10) was verworpen, met der daad echter bij ons sedert lang niet meer bestond. Fraai en treffend zijn vooral de woorden, door den heer NICOLAI, bij de discussie over art. 4, ter bestrijding van den burgerlijken dood gesproken, en deze zeide zeker niet te veel, als hij beweerde, dat, wanneer men die fictie als eene wezenlijkheid wilde doordrijven, *c'est faire dire à la loi un mensonge perpétuel.* Zie VOORDUIN, 20. — Men houde intusschen in het oog, dat art. 4 spreekt van het verlies van al de burgerlijke regten, zoodat men door een vonnis van den strafregter wel degelijk uit sommige dier regten kan worden ontzet, zoo als men daarvan voorbeelden heeft in artt. 42, 374, 401 enz. *C. P.* *a*).

§ 2. Wij vinden hier den bekenden Romeinschen regtsregel terug: *conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agatur.* (*L.* 7, *l.* 26 *D. de stat. hom.*, *l.* 231 *D. de V. S.*) In den *Cod. Nap.* gold hetzelfde beginsel, maar men had zich daar vergenoegd met, naar aanleiding daarvan, alleen in de

---

a) Zie ook art. 28 *C. P.*, en 8 der wet van 29 Junij 1854, *Stbl.* n°. 102. Het nieuwe Strafwetboek noemt in art. 28 de regten op, waarvan men bij regterlijke uitspraak kan worden ontzet.

In Frankrijk is de burgerlijke dood afgeschaft door de wet van 31 Mei 1854; in Belgie door art. 13 der Constitutie.

artt. 725 en 906 te bepalen, dat, om erfgenaam te zijn, of om eene schenking te verkrijgen, het genoeg was, als men tijdens het openvallen der erfenis, of het doen der schenking, ontvangen was; en deze zijn ook inderdaad, zoo al niet de eenige, dan toch de meest gewone gevallen, waarin die regel te pas kan komen. Bij ons heeft men het beter geoordeeld den regel zelven in de wet op te nemen, en zoo als die thans in art. 3 gelezen wordt, kan dit zeker, al ware het dan ook misschien niet noodig, toch ook niet schaden. In het Wetboek van 1830 (art. 3) daarentegen, was men wat te ver gegaan, door te zeggen dat het kind, waarvan eene vrouw zwanger is, bevoegd is tot het genot der burgerlijke regten. Dat was in dien algemeenen zin niet mogelijk, en had tot ongerijmde gevolgen aanleiding kunnen geven; te regt werd dit door den heer SASSEN opgemerkt, en teregt is die zinsnede in het tegenwoordige artikel weggelaten. — Het behoeft naauwelijks opmerking, dat de regel *conceptus pro nato* alleen te pas komt, wanneer het de belangen van het kind, en nimmer, als het die van anderen geldt (*L.* 7 *de stat. hom.*, *L.* 231 *D. de V. S.*). Zoo kan b. v. de vader van vier kinderen, en wiens vrouw zwanger is van een vijfde, zich niet op grond van art. 434, n°. 8, van de voogdij verschoonen. Het bepaalde daarentegen bij art. 456 Strafv. voor de zwangere vrouw is een gevolg van den regel *conceptus pro nato a*).

Eene meer belangrijke en gewigtige verandering is deze: het Fransche wetboek vorderde, dat het kind, om de gemelde regten uit te oefenen, l e e f b a a r 1) geboren werd. Zie de aangehaalde artikelen en TOULLIER, *Droit civil Fr.*, IV, n°. 97. En hoezeer in 1820 de meerderheid der tweede kamer zich voor het behoud van dat beginsel verklaard had, is het echter bij ons genoeg, dat het kind levend geboren zij, *si vivus perfecte natus sit*, al heeft dat leven ook slechts één oogenblik geduurd, en al is het dadelijk daarna gestorven. Zie de redenen hiervan bij

---

a) Deze bepaling is buiten toepassing gekomen door de afschaffing der schavotstraffen bij de wet van 17 Sept. 1870 (*Stbl.* n°. 162).

1) Dat is, vatbaar, bekwaam, om te blijven leven, *sit venia verbo*.

VOORDUIN, I, 269—271. Maar er moet leven geweest zijn, d. i. het kind moet als kind geleefd en geademd hebben, en het is niet genoeg dat er aan het ligchaam, na de geboorte stuiptrekkingen of andere werktuigelijke bewegingen zijn waargenomen; de wet toch bedoelt blijkbaar het zoogenaamde zelfstandig kinds-, niet het plantaardig vrucht-leven. Zie over die onderscheiding J. C. en PH. VAN DEN BROECKE, *de uitoefening der geregtel. geneeskunde in Nederl.*, bl. 93—105. De Romeinsche regtsgeleerden erkenden slechts hen als kinderen, die zoodanig geboren werden, dat zij geschikt waren om in het leven te blijven: »non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more »procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum »enixa sit." L. 14. D. de stat. hom.

Maar wat nu, als het niet zeker is, of het kind dood of levend is ter wereld gekomen? De beslissing moet, in ieder afzonderlijk geval, ongetwijfeld aan den regter worden overgelaten; maar zal deze, bij volkomen gebrek aan eenig bewijs, liever het eerste of het laatste vooronderstellen? *In dubio* moet men het er voor houden, dat het kind dood is geboren: 1°. omdat het toch inderdaad niet geleefd heeft; en 2°. vooral omdat men anders in de ongerijmdheid zou kunnen vervallen van twee tegenstrijdige vermoedens te moeten aannemen. *In foro criminali* toch, wanneer de moeder van kindermoord beschuldigd wordt, moet het er voor gehouden worden, dat het kind dood is geboren, zoo lang het tegendeel niet bewezen is; en dat was juist de reden, die art. 78 van het Ontwerp van 1820, bepalende, dat bij volstrekte onzekerheid, in burgerlijke geschillen, de onderstelling de voorkeur heeft, dat het kind levend geboren is, deed verwerpen *a*).

---

a) Dat de regter bij volkomen gebrek aan eenig bewijs of het kind dood of levend ter wereld is gekomen, liever het eerste moet aannemen, zie ik niet in. Immers dat het toch inderdaad niet geleefd heeft, is juist datgene wat in het gestelde geval onbewezen is. En wat den tweeden grond betreft, de mogelijkheid van strijd tusschen eene beslissing van den burgerlijken en van den strafregter, deze acht ik weinig afdoende. Art. 1955 *B. W.* maakt zoodanigen strijd in tal van gevallen mogelijk. Evenals elk ander feit, zal het levend of dood geboren zijn,

TITEL II.

VAN NEDERLANDERS EN VREEMDELINGEN.

(Artt. 5—12. EERSTE GEDEELTE, § 3—6, bl. 42, 43.)

Geschriften: ASSER, 18—20; VOORDUIN, II, 21—46; VAN DER VOORT, I, 1, 10—19; DIEPHUIS, I, 17—42; OPZOOMER, I, 7—18; OPZOOMER, *B. W.*, I, 29—58; NIENHUIS, *Acad. Voorl. over het Ned. burg. regt*, 239—263; VAN HALL, *Handl. tot de beoefening van het burg. regt in Ned.*, 85—95; DIEPHUIS, *het Nederl. Burgerl. Regt*, D. I, 218—246; ASSER, *Handl. tot de beoefening van het Ned. Burgerl. Recht*, I, 100—111; SASSEN, 52—64; *Regtsgeleerde Bijdragen*, IV, 244—246; VI, 221—226; VAN HOGENDORP, *aang. Diss.*, 61—93.

De tweede Titel van het eerste Boek van het Ontwerp van 1820 had tot opschrift: van inboorlingen, ingezetenen, burgers en vreemdelingen. Doch, nadat in art. 2 bepaald was, dat allen, die zich op het grondgebied van den Staat bevinden, onverschillig of zij inboorlingen of slechts ingezetenen zijn, gelijkelijk bevoegd zijn tot het genot der burgerlijke regten, kwam deze onderscheiding niet meer te pas; en kwam het er alleen op aan, om te bepalen, wie Nederlanders zijn en wie vreemdelingen, omdat de wet, met betrekking tot de burgerlijke regten, somtijds tusschen dezen onderscheid maakt. Zie art. 9 *Algemeene bepalingen*, en hierboven, Eerste Gedeelte, bl. 38, 39. Daarom ving deze Titel in het Wetboek van 1830 (art. 5) aan met te bepalen, dat wanneer de wet eenige onderscheiding maakt tusschen

---

ingevolge art. 1902 *B. W.*, moeten bewezen worden door hem, die tot staving van zijn regt, zich daarop beroept. Zoo hij daarin te kort schiet, moet zijne bewering, onverschillig of deze bestaat in het levend of dood geboren zijn, al is ook het tegendeel even weinig bewezen, voor onbewezen worden gehouden, de daarop gegronde vordering dus worden ontzegd. DIEPHUIS, *Ned. Burg. Regt*, D. I, bl. 192 en 195; ASSER, *Hdl.*, bl. 90 en 91.

Nederlanders en vreemdelingen, alsdan de navolgende regelen zouden gelden. En ofschoon dit op zich zelven waar zij, heeft men echter gemeend, dat het niet anders was dan eene herhaling van art. 9 *Alg. Bep.*, en dat mitsdien het artikel overtollig was; en het is om deze reden alleen, dat het uit het Wetboek is verdwenen.

---

§ 3. De grondslag dezer bepalingen is gelegen in artt. 3—7 der Grondwet. Al wie, volgens deze artikelen, tot alle of tot sommige staatkundige regten bevoegd is, moest wel *a fortiori* het volle genot van alle burgerlijke regten hebben, en dus door de burgerlijke wet voor Nederlander gehouden worden *a*).

Men ziet, dat de hoedanigheid van Nederlander verkregen wordt: 1°. door geboorte (l. 3 *a. b.*); 2°. door inwoning (2) *b*); 3°. door naturalisatie (4); 4°. voor vrouwen, door het huwelijk (5).

2. Is deze bepaling ook toepasselijk op kinderen uit vreemde ouders in onze koloniën geboren? — Neen; naar luid van art. 1 der Grondwet kunnen de koloniën niet stilzwijgend onder de uitdrukking koningrijk begrepen worden. Daarom heeft de wetgever, waar hij in art. 5, n°. 1 en 4, die nogtans daaronder verstaan wilde hebben, er dit uitdrukkelijk bijgevoegd; in n°. 3 van dit artikel is dit niet geschied; ergo. En de overweging, dat onze wetgeving de verkrijging van het burgerregt in het algemeen begunstigt, zal wel niets vermogen tegenover hare duidelijke bepaling in het gegeven geval.

Er wordt aan het kind geen bepaalde tijd voorgeschreven, wanneer het zich hier te lande vestigen moet, in tegenoverstel-

---

a) Zie omtrent de wet van 28 Julij 1850, *Stbl.* n°. 44, ter uitvoering van art. 7 der *Grondwet*, in verband met de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek omtrent het Nederlanderschap — L. F. E. P. Schreuder, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, jg. 1881, bl. 1—68; 169—282; 397—460; 585—686.

b) In verband met geboorte. Beide vereischten moeten aanwezig zijn.

ling van het bepaalde bij art. 9 *C. N.* Het spreekt echter van zelven, dat het dit niet kan vóór zijne meerderjarigheid; tot zoo lang volgt het de woonplaats zijner ouders (art. 78). — Het kan alsdan het genot der burgerlijke regten slechts voor het toekomende uitoefenen, en zijne daad van inwoning geeft het geene aanspraak op regten, die het welligt vroeger zou kunnen gehad hebben. Toen het geboren werd uit vreemde ouders, werd het vreemdeling; en Nederlander wordende uit krachte van de gunst der wet, wordt het dit, uit den aard der zaak, slechts voor de toekomst; het feit, dat het tot dusverre vreemdeling was, kan daardoor niet vernietigd worden; en men mag het om deze redenen er voor houden, dat het beginsel van art. 12 ook op hem bij analogie van toepassing is. Anders echter TOULLIER, I, 261.

4. Art. 9 der Grondwet van 1815 en 1840 gaf aan den koning de magt, om, gedurende een jaar na hare invoering, aan buiten 's lands geborenen, doch binnen het rijk gevestigden, het volle regt van inboorlingschap en de verkiesbaarheid tot alle ambten, zonder onderscheid, te vergunnen. Het schijnt dan ook, dat hier alleen gedoeld wordt op degenen, die op deze wijze genaturaliseerd zijn, en niet op hen, die dit in het vervolg zullen worden; want eensdeels kan het wetboek geene verandering of uitbreiding in de gezegde bepaling brengen (zie boven, *ad* § I); anderdeels blijkt het niet, hoe groote magt aan den koning dan ook in de 6de Afd., 2de Hoofdst. der vorige Grondwet, moge gegeven zijn, dat aldaar ergens, op eenige wijze, aan art. 9 zou zijn gederogeerd; en dit laatste toont duidelijk, dat, nadat het eerste jaar na de invoering der Gr. van 1815 was verloopen, hier te lande geene zoogenaamde groote naturalisatie wettig meer kon worden verleend. Zie ook J. R. THORBECKE, *Aant. op de Gr.*, I, 49—52. Over de gevolgen der naturalisatie vindt men eene verhandeling in de *Rev. étr. et franc. de législ.* van FOELIX, 1843, I, 446—465. De tegenwoordige Grondwet laat in art. 7 de naturalisatie toe; doch alleen bij de wet *a*).

---

a) Voor iedere naturalisatie is eene speciale wet noodig. De algemeene vereischten om genaturaliseerd te kunnen worden, bevatten de artt. 5—9 der wet van 28 Julij 1850, *Stbl.* n°. 44.

Er bestaat wel eenig onderscheid tusschen hen, die naturalisatie, en hen die alleen het regt van inboorlingschap verkregen hebben; maar dit bepaalt zich tot de uitoefening van staatkundige regten (artt. 5, 6 Gr.). Voor de burgerlijke wet staan beiden volkomen gelijk.

5. De vrouw houdt door het huwelijk op eene afzonderlijke persoon te zijn, zij volgt niet alleen de woonplaats, maar ook het vaderland van haren man. (Art. 6, 11, 78, 161). Zij behoudt het laatste, ook na den dood van haren man, tenzij zij het tegendeel wille. Door het huwelijk is zij Nederlandsche geworden, en de ontbinding daarvan wordt in art. 9 niet vermeld onder de wijzen, waarop die hoedanigheid verloren gaat *a*).

§ 4. Het hier geleerde rust grootendeels op den grond, dat men niet te gelijk burger van twee staten kan zijn, zonder somtijds, om het ééne vaderland te dienen, genoodzaakt te zijn het andere te verraden *b*).

De bloote uitoefening van een staatkundig regt in een vreemd land, anders dan de hier vermelde, doet den Nederlander die hoedanigheid niet verliezen. In art. 10 van het Wetboek van 1830 kwam dat verbod voor; het is echter, na opzettelijke beraadslaging uit het tegenwoordige art. 9 weggelaten, en mitsdien vervallen.

2°. En zulks onverminderd de straf voor hem, die de wapenen tegen den staat heeft gedragen, die, volgens art. 75 van den nog geldenden *Code Pénal*, die des doods is *c*).

4°. De vrouw, die den man volgen moet overal waar hij goed vindt zich neder te zetten, moet hem ook volgen, indien hij zich verplaatst naar buiten 's lands, art. 161, en beneden ad § 96. Maar het spreekt dan ook van zelven, dat zij in dat geval ook volgt den staat van haren man, zelfs indien deze haar

---

a) De uitdrukking "getrouwd zijnde" in art. 6 is minder juist. Juister zijn de woorden "in het huwelijk tredende" in art. 11.

Huwt een vreemde vrouw met een Nederlander, dan houdt zij niet op Nederlandsche vrouw te zijn, wanneer haar man later het Nederlanderschap verliest.

b) Toch is dit niet onmogelijk. Het kind geboren uit Fransche ouders, die hier te lande gevestigd zijn, wordt door zijne geboorte zoowel Nederlander als Franschman. Art. 5, 1°. *B. W.* en art. 10 *Code Civil.*

c) Art. 101 van het nieuwe Stratwetboek.

tegen haren wil heeft genoodzaakt het vaderland te verlaten; want van dat oogenblik af wordt zij de vrouw van eenen vreemdeling, en is zij bijgevolg, naar art. 11, zelve vreemdelinge. Zie meer hierover bij FOELIX, t. a. p., 447—461 *a*).

Met het kennelijk oogmerk. *b*).

5°. Zie boven ad § 3, 2. *d*.

Staande dat huwelijk. Na de ontbinding van het huwelijk krijgt zij hare vroegere hoedanigheid van Nederlandsche vrouw terug: *cessante causa*, *cessat effectus;* en wel *ipso jure*, als zij hare woonplaats binnen het rijk gevestigd heeft; en zoo neen, mits zich aldaar vestigende, en daarvan kennis gevende aan het gemeentebestuur der woonplaats, waar zij zich gevestigd heeft, zonder dat zij daartoe, zoo als in art. 19 *C. N.* gevorderd werd, de toestemming des konings noodig heeft (art. 11). — In gemeld art. 19 stond: »*si elle devient veuve*," en daaruit was de vraag ontstaan, of het artikel niet van toepassing was, indien het huwelijk door echtscheiding ontbonden was? Bij ons is door de woorden: na de ontbinding des huwelijks, alle twijfel weggenomen. De kinderen echter uit zulk een huwelijk geboren, volgen den staat van hunnen vader, en blijven vreemdelingen, tot dat zij van één der middelen in art. 8 vermeld, hebben gebruik gemaakt.

§ 5. 2. En hieruit volgt van zelven, dat zij niet weder in het genot der burgerlijke regten kunnen treden, dan door de in art. 8 voorgeschreven middelen. Men merke evenwel op, dat de Nederlander, die deze hoedanigheid verloren had, hierdoor meer verkrijgt dan de vreemdeling; hij wordt bevoegd, niet alleen tot de uitoefening der burgerlijke, maar daarenboven van alle staatkun-

---

a) Ik betwijfel dit. Liever vereenig ik mij met DIEPHUIS, t. a. p., bl. 240, volgens wien de vrouw met een Nederlander gehuwd, Nederlandsche vrouw blijft, ook wanneer om welke reden ook, de man die hoedanigheid verliest Hare hoedanigheid hangt af van de nationaliteit die de man bezat tijdens de huwelijks-voltrekking; latere verandering daarin oefent op hare nationaliteit geen invloed uit.

b) Het is niet voldoende, dat hij die zich in den vreemde heeft gevestigd, de bedoeling niet hebbe getoond om naar Nederland terug te keeren, maar zijne handelingen moeten het kenmerk dragen van de bedoeling om naar Nederland niet terug te keeren. Arrest H. R. v. 30 Julij 1875, v. D. H., *B. R.*, D. XL, bl. 401.

dige regten; want hij wordt weder Nederlander (art. 10). Uit art. 7 volgt alsnog, dat de Nederlander, die deze hoedanigheid verloren heeft en weder terugbekomt, het genot der burgerlijke regten alleen voor het toekomende kan hebben, zonder dat dit eene terugwerkende kracht kan uitoefenen op die regten, die hij gedurende zijn vreemdelingschap had kunnen verkrijgen, en die voor hem onherroepelijk zijn verloren gegaan; want door het verlies zijner hoedanigheid van Nederlander, is hij *eo ipso* vreemdeling geworden. Art. 12.

Maar welke is de staat van een uit hem buiten 's lands geboren kind? Kan dit de hoedanigheid van Nederlander ten allen tijde verkrijgen, door zich in het rijk neder te zetten? — De *C. N.* gaf het in art. 10 die bevoegdheid; doch deze bepaling is in ons wetboek niet opgenomen, en men moet haar dus voor afgeschaft houden. En men zegge alweder niet, dat de wet de gelegenheid om Nederlander te worden heeft willen begunstigen; dit is op zich zelven niet genoegzaam, om eene van het gemeene regt zoo zeer afwijkende uitzondering te veronderstellen, die nergens in de wet te lezen staat. Dat kind is vreemdeling (art. 5); het staat dus met alle vreemdelingen gelijk; om de volle burgerlijke regten te verkrijgen, moet het voldoen aan de bepalingen van art. 8; Nederlander kan het slechts door naturalisatie worden. Men zegge nog veel minder, dat men zóó het kind doet boeten voor de fout van zijnen vader, want dit moet men, als de wet het aldus gebiedt; men moge dit hard vinden, doch men gedenke de spreuk: ***durum*, *sed in lege ita scriptum.***

§ **6.** Men zal welligt vragen, wat het beteekent, dat een vreemdeling met een Nederlander gelijk gesteld wordt. Nederlander wordt hij daardoor niet; dit was de uitdrukkelijke verklaring van den heer NICOLAI, bij de uitlegging van art. 8. Dit kon ook niet. Want daaruit zou volgen, dat hij ook het genot der staatkundige regten verkreeg, en deze kan de burgerlijke wet hem niet geven (art. 1). Zie boven, ad § 1. Zie ook J. R. THORBECKE, I, 15—55 1). Wat dan? Er moet gedoeld worden op burgerlijke

---

1) „Bij dergelijke herziening" schreef de heer THORBECKE reeds in zijne eerste

regten; maar die zijn voor Nederlanders en vreemdelingen gelijk, art. 9 *Alg. Bep.* Dit staat vast. Maar van dezen regel zijn eenige uitzonderingen; en daarvoor dient, zoo als wij gezien hebben, juist deze geheele Titel. De bedoeling derhalve dezer woorden is klaarblijkelijk deze, dat de vreemdeling in elk der bij n°. 1 en 2 voorziene gevallen, met betrekking tot het genot der burgerlijke regten, met den Nederlander volkomen wordt gelijk gesteld, en dat hij in die gevallen zelfs waarin de wet eenig onderscheid maakt tusschen Nederlanders en vreemdelingen, met den Nederlander gelijk staat. Zoo blijft hij b. v. verschoond van het stellen der *cautio judicatum solvi*, die de artt. 152, 153 W. van B. R. vorderen van vreemdelingen, die in regten optreden als eischers *a*).

2°. De redenen, waarom zij die woonplaats gedurende zes jaren in dezelfde gemeente moeten houden, is om te voorkomen, dat het burgerregt niet aan onwaardigen of landloopers verspild worde.

---

uitgave, bl. 26, „van Art. 9 (Gr.) verdient ook de staatsregtelijke stand van die vreemdelingen, die Art. 8 B. W. met Nederlanders gelijk stelt, eene opzettelijke overweging. Hun moet, zullen zij tot de in Art. 9 Gr. vermelde bedieningen benoembaar zijn, eene uitdrukkelijke bepaling te hulp komen. Want gelijkstelling van vreemdelingen met Nederlanders, vooral in het B. W., bewijst niet, dat zij staatsregtelijk door Art. 9 Gr. voor geboren Nederlanders of enkel Nederlanders worden gehouden. Er vindt, ten hunnen behoeve, evenmin eene fictie der wet, noch eene naturalisatie door de wet plaats." Het Art. bleef niettemin bij de herziening van 1840 onveranderd. Bij de herziening echter van 1848 is daarin de gewenschte verandering gebragt. Zie Art. 6 der tegenwoordige Grondwet.

a) Zie echter ASSER, *Handl.* bl. 110 en 111.

TITEL III.

VAN DE AKTEN VAN DEN BURGERLIJKEN STAND.

(Artt. 13—73, Eerste gedeelte, § 7—48, bl. 43—51.)

Geschriften: Asser, 20—28; Voorduin, II, 47—109, 194—204; van der Voort, I, I, 20—55; Diephuis, I, 43—128; Opzoomer, I, 18—30; Opzoomer, *B. W.*, I, 59—89; van Hall, 135—174; Sassen, 8—119; Donker Curtius, 351—353; *Regtsg. Bijdragen*, V., 209—212; VI, 226—239; C. E. Vaillant, *Handboek voor den ambtenaar van den burgerlijken stand;* C. J. van Heusden, *Handleiding tot het houden der registers van den burgerlijken stand;* den Tex en van Hall, *Ned. Jaarboeken voor regtsg. en wetg.* I, 218—270 1); Diephuis, *het Nederl. Burgerl. R.*, D. I, 304—374; Asser, *Handl. tot de beoefening van het Ned. Burgerl. Recht*, I, 476 vlg.; G. L. van den Helm, *Handboek voor den ambtenaar van den burgerlijken stand.*

De registers van den burgerlijken stand, door burgerlijke ambtenaren opgemaakt, behooren voorzeker onder de schoonste voortbrengselen van de Fransche omwenteling in hare wetgeving, en van deze in de onze overgegaan. Zoo wel hier te lande als in Frankrijk was die zorg eertijds aan de geestelijken opgedragen. Maar het groote beginsel der eeuw, afscheiding van Kerk en Staat, dat de geestelijkheid van allen invloed op de wereldlijke en maatschappelijke betrekkingen der burgers uitsloot, gedoogde niet langer haar met eene juist voor die betrekkingen zoo gewigtige taak belast te laten. De volkomen godsdienst-vrijheid moest wel ten gevolge hebben, dat de burgerlijke stand niet meer afhankelijk kon gemaakt worden van het voldoen aan deze of gene godsdienstige plegtigheid.

---

1) Dit tijdschrift heeft, te beginnen met het jaar 1839, de voormalige *Bijdragen tot regtsg. en wetg.* vervangen.

Het Wetboek *Napoleon voor het Koningrijk Holland* verwees in art. 21, voor de bepalingen van den tegenwoordigen Titel, naar bijzondere daarover te maken reglementen. Maar men heeft teregt begrepen, dat het onderwerp van te veel gewigt was, om het aan bloot administratieve verordeningen over te laten en dat de wet alleen de wijze moest regelen waarop de burgerlijke stand, de schoonste eigendom der burgers, en de eerste bron van al hunne regten, moet worden verzekerd en bewezen. Zie Locré, *Legisl. civ.*, *comm. et crim.*, I, 66 volgg.; 74 volgg.; 94 volgg.; (*éd.* Tarlier, 1836); Toullier, I, 301; Zacharia, *Handbuch*, I, 133, 134. Eene zeer merkwaardige verhandeling van den Adv.-Gen. Foucher, behelzende eene vergelijkende beschouwing van de Fransche en de nieuwe Engelsche wetgeving over de akten van den burgerlijken stand, vindt men in *Krit. Zeitschr. für Rechtsw. und Gesetzg. des Ausl.*, X, 85—113.

Zoo als het beginsel, zoo ook hebben de afzonderlijke bepalingen van den Fr. Titel over deze registers, wegens hare eenvoudigheid en duidelijkheid, algemeenen lof en bijval ondervonden, en het is dan ook uit dien hoofde, dat zij bijna geheel in dezen Titel zijn overgenomen, en dat al het zakelijke daarvan is behouden gebleven. Zie b. v. Tydeman, *Regtsg. Mengelw.*, bl. 61, 62. Zie ook Voorduin, I, 213.

Bij zeker koninklijk besluit van 8 Junij 1823, *Stbl.* n°. 21, werden eenige nadere bepalingen vastgesteld omtrent de ambtenaren van den burgerlijken stand. De wettigheid van dit besluit, dat dienen moest, niet zoo zeer tot uitvoering, als tot aanvulling en uitbreiding van den titel van den *C. N.* over de acten van den burgerlijken stand, was van den aanvang af zeer bedenkelijk. Maar zeker is het, dat, zoo het al ooit wettig bestaan gehad heeft, het met de invoering van het B. W. van 1838 is vervallen. Zoo wordt het ook begrepen door een arrest van den hoogen raad van 30 Julij 1861, bij v. d. Honert, Afd. *Gem. Zak.*, XVIII, 316—329.

Registers van den burgerlijken stand in het algemeen.

§ 7. Bijzondere personen mogen met het houden der registers niet belast worden. Het openbaar gezag, en het vertrouwen, dat de ambtenaar daardoor verdient, scheen alleen eenen genoegzamen waarborg voor het vervullen der veelvuldige en moeijelijke pligten daaraan verbonden, op te leveren. Volgens art. 95 van het reglement op het bestuur der steden, vastgesteld bij koninklijk besluit van 4 Januarij 1824, was de burgemeester van regtswege ambtenaar van den burgerlijken stand, met het regt van delegatie op één der wethouders. Die bepaling was niettemin na de invoering van het B. W. reeds in zoo verre gewijzigd, dat: 1°. de benoeming geschiedde door het stedelijk bestuur, dat is: den burgemeester, de wethouders en den raad; art. 1 van het Regl., en 2°. dat niet uitsluitend de burgemeester of één der wethouders, maar ieder lid van het bestuur of van den raad met die taak kon belast worden. Thans bepaalt bovendien art. 149 Gem.-wet uitdrukkelijk, dat de raad één of meer zijner leden benoemt tot de waarneming van deze betrekking *a*). — Art. 4 van het boven aangehaald, thans vervallen kon. besluit van 8 Junij 1823 *b*), hield het op zich zelf nuttig verbod in voor den ambtenaar van den burgerlijken stand om acten te verlijden zijne vrouw of naaste bloedverwanten betreffende. Zulk een verbod vindt men in de wet niet regtstreeks. Het was ook misschien niet volstrekt noodig. De zaak spreekt van zelve, en in de moeijelijkheden, die daaruit anders welligt zouden kunnen ontstaan, kan gemakkelijk voorzien worden door de benoeming van meer dan één ambtenaar.

---

a) Ook de burgemeester is daartoe benoembaar, zelfs dan als hij geen lid van den raad is, art. 149, al. 2, Gem.-wet.

De benoembaarheid is beperkt tot de leden van het gemeentebestuur, art. 1 dier wet. Dit geldt ook, nadat door de wijzigingswet van 24 Junij 1879, *Stbl.* n°. 132, uit art. 13, al. 2 B. W. de woorden uit hun midden zijn vervallen. Immers art. 149 is onveranderd gebleven, en daar met het gewijzigde voorschrift van art. 13, al. 2, de bepaling van dat artikel niet onvereenigbaar is, kan van stilzwijgende afschaffing geen sprake zijn, blijft art. 149 dus ten volle van kracht.

b) Het Kon. besluit van 1823 is ingetrokken bij dat van 9 Oct. 1861 *Stbl.* n°. 87.

§ **8**. Elk dezer registers moet afzonderlijk gehouden worden, terwijl art. 40 *C. N.* het aan de keuze der besturen liet de akten in één of meer registers te schrijven. Onze bepaling, zoo zij al eenigen omslag meer vereischt, wint daardoor echter in de bevordering van eenvoudigheid en gemakkelijkheid in het naslaan der registers *a*).

In de artt. 15 en 16 vindt men de voorschriften gegeven voor den vorm der akten, die trouwens zeer eenvoudig zijn, en hierop nederkomen, dat: 1°. het register op de eerste en laatste bladzijde moet worden gekantteekend, en voorts alle de bladen daarvan gewaarmerkt door den president der regtbank; 2°. de akten daarin achter elkander moeten worden ingeschreven, en dat al hetgeen wordt doorgehaald, tusschen beide of op den kant geschreven, moet worden goedgekeurd, en, even als de akte zelve geteekend, dat is voorzien van de geheele handteekening van den ambtenaar, de partijen en de getuigen, en niet van een eenvoudig waarmerk (*paraaph*), alleen bestaande uit de eerste letters der naamteekening. Zie arrest van den hoogen raad van 22 April 1841, bij VAN DEN HONERT, Afd. *burg. regt en regtsv.*, II, 195—200. Een derde vereischte eindelijk is, dat niets bij verkorting of met cijfers mag worden uitgedrukt.

§ **9**. De reden is, om, bij ongelukken van brand of andere dergelijke rampen, het geheele verlies der registers voor te komen. Zal dus dit doel geheel bereikt worden, dan is het noodig, ofschoon de wet dit niet uitdrukkelijk gebiedt, ook binnen het jaar elk dubbel in een afzonderlijk gebouw te bewaren.

§ **10**. Gelijkluidend aan artt. 34 en 35 *C. N.*, behalve dat aldaar ook nog de vermelding van het uur gevorderd werd. Art. 19 van het Wetboek van 1830 vorderde niet de vermelding van het beroep; deze kan echter somtijds van belang zijn, als

---

a) Art. 1 der wet van 24 Junij 1879, *Stbl.* n°. 132, is in dit opzigt gedeeltelijk teruggekeerd tot het stelsel van art 40 *C. N.* Van elke soort kunnen met 's Konings toestemming meerdere registers worden gehouden. Bij de uitbreiding die sommige gemeenten allengs ondergaan, was die bepaling noodig ter bespoediging van het opmaken der akten, vooral die van geboorte en van overlijden.

twee personen en beider ouders denzelfden naam en voornaam dragen. Men merke voorts op, dat de akte niet alleen niets minder, maar ook niets meer mag inhouden, dan wat de partijen volgens de wet moeten opgeven. De akten van den burgerlijken stand dienen alleen om de geboorten, huwelijken en sterfgevallen te constateren; daartoe is de vermelding van hetgeen de wet voorschrijft voldoende, en de akten mogen tot geen ander einde misbruikt worden. Art. 1 van het kon. besluit van 26 Jan. 1822 (*Stbl.* n°. 1) schrijft aan de ambtenaren van den burgerlijken stand voor om in hunne acten de adelijke titels der partijen te vermelden. Als bevel is natuurlijk dit voorschrift na de invoering van het B. W., om dezelfde reden, als het besluit van 8 Junij 1821 vervallen. Zie boven, bl. 2. Eene andere vraag is het, of niettemin die vermelding geoorloofd is? — Het antwoord schijnt ontkennend te moeten zijn. De acten mogen niets anders inhouden dan datgene, waarvan de wet de melding vordert. En nu bepaalt art. 18 zeer naauwkeurig, hoe het de verschijnende partijen wil hebben aangeduid, door vermelding namelijk van voornamen, namen, ouderdom, beroep en woonplaats; maar van adelijke of andere titels wordt er niet gesproken. Zie *Nieuwe Bijdr. tot de kennis van het staatsbestuur* enz., IV, 118—121. Anders echter *eod.* V, 312—319 *a*). Verg. ook DEMOLOMBE, I, n°. 285.

§ **11.** Het Fr. art. 37 had het stilzwijgen bewaard omtrent de vraag, of ook vreemdelingen hier als getuigen kunnen optreden. — Door de meeste schrijvers werd deze toestemmend beantwoord. Zie DE ROUVILLE, aang. *Diss.*, 155—159; ZACHARIA, t. a. p., 157. Bij ons is alle twijfel weggenomen. Die getuigen kunnen zoo wel vreemdelingen zijn als Nederlanders, mits binnen het rijk hunne woonplaats hebbende.

§ **13.** Valschheid wordt hier niet verstaan in den zin van het strafregt; men kan ook worden toegelaten tot het bewijs, dat het uittreksel eene dwaling bevat, omdat, was het antwoord der Regering, op het verlangen eener afdeeling om het woord dwaling hier in te voegen, wanneer er dwaling heeft plaats

---

a) En DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 318, 319.

gehad, zeer zeker aan de waarheid is te kort gedaan, en derhalve de akte eene valschheid bevat. Die stelling is juist. Voor den burgerlijken regter is het alleen de vraag, of de acte waarheid behelst, en is derhalve valsch alles wat niet waar is, onverschillig of er al dan niet boos opzet (*dolus*) en doel om te benadeelen aanwezig is. Voor de strafbaarheid van het misdrijf van valschheid mag dat vereischt worden; maar de burgerlijke regter heeft niet te onderzoeken, of de strafwet overtreden, en of er strafbare valschheid is.

Het uittreksel verdient voor het overige alleen geloof, als het behoorlijk is gelegaliseerd, en die legalisatie is een vereischte, zoo wel als het uittreksel binnen, als wanneer het buiten het arrondissement gebruikt wordt. De wet is algemeen. Ongelegaliseerde acten mogen dus in geen geval als bewijs worden aangenomen, en de leer van een arrest van den hoogen raad van 30 Junij 1865, bij VAN DEN HONERT, Afd. *Gem. Zaken*, XX, 32—39, dat een niet-gelegaliseerd uittreksel wel zou mogen maar niet moeten gelden als wettig bewijs, is daarom moeijelijk te verdedigen *a*). Een ander vereischte voor de geloofwaardigheid van het uittreksel is, dat het met het register, d. i. met de oorspronkelijke acte overeenstemme; want even als van alle schriftelijk bewijs, is de kracht van het bewijs alleen gelegen in de oorspronkelijke akte, en verdienen de afschriften en uittreksels slechts geloof, indien zij daarmede overeenstemmen. Art. 1925. Letterlijk opgevat zou misschien uit deze bepaling volgen, dat hij, die een uittreksel als bewijs aanvoert, tevens zou moeten bewijzen, dat het gelijkluidend is met het register; maar het spreekt wel van zelve, dat de wet die ongerijmdheid niet kan gewild hebben; dat bewijs kan niet anders worden geleverd dan door de overlegging, zoo al niet van de oorspronkelijke akte, dan toch ten

a) De hooge raad heeft dezelfde leer andermaal gehuldigd bij arrest van 5 Jan. 1880, *W*. n°. 4471. Daarbij is beslist dat de bedoelde legalisatie niet is te beschouwen als een vereischte voor de authenticiteit van de uittreksels, als openbare acten, maar enkel als een middel om de echtheid van de onder het stuk gestelde handteekening en de bevoegdheid van den onderteekenaar onbetwistbaar vast te stellen, zoodat de regter bij twijfel aan een of ander, ongelegaliseerde uittreksels niet als bewijs behoeft aan te nemen, maar in het tegenovergestelde geval, ze als zoodanig mag laten gelden.

minste van een authentiek afschrift der geheele akte; maar dan ook heeft men het uittreksel niet meer noodig, en vervalt bij gevolg de geheele bepaling. Men moet het er daarom voor houden dat een uittreksel door den bevoegden ambtenaar afgegeven, vermoed wordt met het register overeen te stemmen; maar dat het alle bewijskracht verliest, zoodra het tegendeel hiervan wordt aangetoond.

Maar wat heeft men hier te verstaan onder uittreksels der registers? Dat daarvoor niet kunnen gelden de verklaringen van de ambtenaren van den burgerlijken stand, zoo als de praktijk die heeft ingevoerd, inhoudende de eenvoudige verklaring, dat uit hunne registers blijkt van zekere geboorte, huwelijk of overlijden; dat zij deze dus naar streng regt niet mogen afgeven, en dat die verklaringen althans geen bewijs in regten opleveren, dit alles schijnt weinig twijfelachtig. Maar meer betwist is de vraag, of het uittreksel noodwendig moet zijn het afschrift eener geheele acte, dan wel of ook het uittreksel eener acte is een uittreksel uit het register? Wat is het register? De verzameling der acten, waaruit het bestaat. En wat is een uittreksel? Ieder gedeelte van het geheel. Maar als dat waar is, dan is ook ieder deel van iedere acte, dat is van een deel van het register, een deel of een uittreksel van het geheel. Nu is het wel waar, dat het uittreksel, om geloof te verdienen, moet overeenstemmen met het register, maar natuurlijk alleen voor zoo verre het geëxtraheerde betreft. Zie verder *Themis*, 1851, 1—8; *Opm. en Meded.*, VIII, 289—303; *Weekbl. v. h. Regt*, n°. 1107, 1108 *a*). Anders echter *Themis*, 1850, 578—586, en *Weekbl.* n°. 1106.

§ **14.** Hoe in dat geval de geboorte, het huwelijk of het overlijden bewezen wordt, leeren de artt. 62, 156, 317—322. Zie beneden, *ad* §§ 35, 93, 184. Het bewijs van het niet bestaan hebben der registers schijnt intusschen altijd te moeten voorafgaan.

§ **15.** De reden, waarom de ambtenaar van den burgerlijken

---

a) Zie in gelijken zin het hierboven aangehaald arrest van den hoogen raad van 5 Jan. 1880.

stand, ter zake van de hier bedoelde overtredingen, niet voor den correctionelen regter teregt staat, is, omdat eene correctionele veroordeeling in zaken, die doorgaans van weinig gewigt zijn, en waar meer verzuim dan kwaad opzet gestraft wordt, hem te veel in zijn crediet zoude doen lijden, en juist daarom te hard voorkwam *a*).

Vreemd is het intusschen, dat het aan de keuze van den regter wordt overgelaten, om, bij het bestaan der overtreding, de straf al of niet toe te passen. Eene boete toch, zij moge dan door den burgerlijken regter worden uitgesproken, blijft altijd eene straf. Als reden hiervan werd door den minister van justitie opgegeven, dat het artikel ook van toepassing zou kunnen zijn b. v. op het bij ongeluk uitvallen van één of meer bladen, waarin niet eens verzuim, maar alleen toeval of ongeluk te pas komt. Anders was het intusschen in art. 50 *C. N.* en art. 28 Wetb. 1830. Het gevolg van deze bepaling is, dat wel eene veroordeeling tot boete, maar in geen geval de niet-veroordeeling, om welke reden ook, grond kan opleveren tot cassatie. Al staat de overtreding vast, het al of niet strafbare in ieder bijzonder geval wordt geheel overgelaten aan het *arbitrium judicis*. Zie arrest van den hoogen raad van 28 September 1866, bij VAN DEN HONERT, Afd. *Gem. Zak.*, XXII, 386—391. De straf wordt voor het overige alleen bedreigd tegen de overtredingen van de voorschriften van dezen titel, en kan dus niet worden uitgestrekt tot die van de bepalingen van andere wetten. Zeer juist b. v. is, in de vooronderstelling van het voortdurend bestaan der wet van 11 *Germ.* XI (zie beneden *ad* § 22), de meening dat toch de overtredingen harer bepalingen niet kunnen gestraft worden met de boete van dit artikel.

---

a) Deze zienswijze werd niet gedeeld door de staatscommissie voor de zamenstelling van een wetboek van strafregt. Bij art. 25 van het ontwerp van wet houdende bepalingen omtrent de invoering van het wetboek van strafregt enz., stelde zij op de in de toelichting op dit artikel aangegeven gronden voor, de beregting van de hier bedoelde overtredingen (strafbaar gesteld bij art. 466 van het nieuwe Wetboek van Strafrecht) op te dragen aan den strafregter.

De bepalingen van het strafregt, hier bedoeld, zijn art. 192—195 van den nog geldenden *C. P. a*).

§ **16**. Ofschoon de slotbepaling van art. 53 *C. N.*, volgens welke het openbaar ministerie de bevonden overtredingen moet vervolgen, is weggelaten, zoo beschouwe men deze daarom niet als vervallen. De eenige reden dier weglating toch was, omdat men begreep, dat het van zelven spreekt, dat, wanneer het openbaar ministerie een delict aantreft, hetzelve dat delict moet vervolgen.

Akten van geboorten.

§ **17**. De bevoegdheid, waarvan hier gesproken wordt, was in art. 55 *C. N.* eene verpligting; men heeft dat veranderd, omdat die verpligting niet werd opgevolgd, en bijna niet opgevolgd kon worden.

De aangifte moet geschieden binnen drie dagen; maar wat als zij later geschiedt? Mag de ambtenaar dan niettemin de geboorte nog inschrijven in het register? Neen, en hij zou, door dit te doen, zich blootstellen om te worden veroordeeld tot de straf van art. 27. Wel is waar, er wordt in dit art. zoodanig uitdrukkelijk verbod niet gevonden; maar niettemin is het voorschrift, dat de inschrijving geschieden moet binnen drie dagen zeer stellig, en kan deze bij gevolg later niet wettig geschieden. Is dus eenmaal de termijn van drie dagen zonder inschrijving verstreken, dan is het geval van art. 70 daar. Er ontbreekt in het register eene akte, en dat gemis kan niet anders worden aangevuld dan op de wijze van art. 71, zoodat de ambtenaar, die dat gebrek op eigen gezag aanvult, zonder regterlijk vonnis, wel degelijk handelt in strijd met de artt. 70 en 71, en bij gevolg begaat ééne der overtredingen van de voorschriften van dezen titel, waarvan art. 27 spreekt. Zie voorts *Verz. van Regtsg. Adv.*, II, 205—208, en arresten van den hoogen raad van 3 Februarij 1843, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, IV, 306—314, en van 29 Maart 1850,

---

a) Vgl. de artt. 465—467 van het nieuwe strafwetboek.

eod., XI, 386—393. De hooge raad is echter later op die leer teruggekomen bij arrest van 31 October 1873, *Weekbl. van het Regt*, n°. 3653 *a*).

§ **18.** De verpligting tot aangifte berust in de eerste plaats op den vader, onverschillig of hij bij de geboorte al of niet is tegenwoordig geweest; en eerst bij gebreke of wettige verhindering van den vader zijn tot aangifte gelijkelijk bevoegd allen, die bij de bevalling zijn tegenwoordig geweest. Immers, indien het art. uitdrukkelijk gewaagt van geneesheeren, enz., dan is die bepaling niet limitatief, maar dan zijn het slechts zoo vele voorbeelden, die het geeft en dan schijnt het zelfs, dat de aangifte door de geneeskundigen alleen moet en kan geschieden, indien zij zijn tegenwoordig geweest bij de geboorte. Dat voor het overige de wet hier eene bepaalde volgorde zou hebben willen daarstellen voor de personen, met de aangifte belast, zoodat eerst de geneesheer, en eerst bij gebreke van dien de heelmeester zou in aanmerking komen, dat blijkt nergens uit; maar de zin is duidelijk geen andere, dan dat, bij gebreke van den vader, de aangifte geschiedt door iemand, die bij de bevalling is tegenwoordig geweest, onverschillig echter wie. Zie *Regtsg. Bijbl.* VIII, 669—671.

Ten wiens huize. In dat geval kan derhalve de aangifte niet geschieden door den vader. Maar wat, indien de persoon, ten wiens huize de moeder bevallen is, afwezig, of om andere redenen niet in de mogelijkheid is, om de aangifte te doen? Ofschoon de wet in dit geval niet uitdrukkelijk voorziet, zal het echter wel zeker zijn, dat zij toch ook dan eene aangifte wil, en dat deze dan kan geschieden door ieder ander, die bij de bevalling is tegenwoordig geweest; vermits echter aan dezen voor dat geval de verpligting tot aangifte nergens uitdrukkelijk wordt opgelegd, zal men, in geval van verzuim, op hem de straf van art. 346 *C. P.* ook niet kunnen toepassen *b*).

Als het kind in eene gevangenis geboren is, doet de cipier of

---

a) Dit arrest is bestreden door P. v. A. in *W.* n°. 4511.

b) In het nieuwe Strafwetboek is het verzuim van aangifte van geboorte strafbaar gesteld bij art. 448.

zijn bediende de aangifte; naar de verklaring van art. 30, door de regering gegeven, zou die verpligting daarin zijn opgesloten: zij is misschien met meer grond uit art. 34 af te leiden.

§ **19.** Dat proces-verbaal bevat den vermoedelijken ouderdom, de kunne, de bijzondere kenteekenen van het kind en de namen die men het geeft. Maar wie geeft die namen? Denkelijk de aangever; dit wordt des te waarschijnlijker, omdat volgens eene vroegere redactie van het artikel, het geven van die namen in zijne verklaring moest begrepen zijn.

§ **22.** 3. Het kind draagt den geslachtsnaam van den vader, maar de vader geeft aan zijn kind zoodanigen voornaam als hij goedvindt, zonder, in den tegenwoordigen toestand der wetgeving, in die vrije keuze eenigermate beperkt te zijn. Art. 1 toch der wet van 11 *Germ. an* XI, het verbod inhoudende om andere voornamen te geven dan die, welke voorkomen in de kalenders of die van personen, bekend in de oude geschiedenis, te vinden bij FORTUIN, *Verz. van wetten en besluiten en andere regtsbronnen van Fr. oorsprong*, II, 246, 247, behoort klaarblijkelijk tot het burgerlijk regt, en is bij gevolg door de wet van 16 Mei 1829, *Stbl.* n°. 33, sedert de invoering der nieuwe wetgeving afgeschaft. Zie meer hierover *Opm. en Meded.*, XII, 81—114, *Verslag der Comm. tot herz. der Fr. wetten*, I, 63, en *Weekbl. v. h. Regt*, n°. 1920. De jurisprudentie van den hoogen raad huldigt echter eene tegenovergestelde leer. Zie o. a. arrest van 4 Jan. 1856, *Weekbl.* n°. 1836 *a*). Het voortdurend bestaan van die wet is niettemin gemakkelijker te b e s l i s s e n dan te b e t o o g e n; en zonderling is vooral de stelling, die door een ander arrest van den hoogen raad van 14 Junij 1854, *Weekbl.* n°. 1549, is aangenomen, dat onder de v e r o r d e n i n g e n die de wet van 16 Mei 1829 afschaft, geene w e t t e n zouden begrepen zijn. Zie *Opm. en Meded.*, t. a. p., 96, en *Weekbl.* n°. 1553. —

---

a) Ook DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 256—263, meent dat de bepaling van art. 1 der wet van Germinal door onzen wetgever niet is afgeschaft, maar erkent dat de voornaam, in strijd met haar verbod gegeven blijft bestaan, en dat ook de ambtenaar die haar in de akte opneemt, door geene wet met straf bedreigd wordt.

Het gevolg van die vreemde leer zou o. a. moeten zijn, dat het B. W. wel heeft afgeschaft den *C. N.*, maar niet de Fransche wetten, waarbij sommigen zijner bepalingen zijn gewijzigd of aangevuld. Een voorbeeld daarvan vindt men juist in die wet van 11 *Germ.* XI over naams- en voornaams-veranderingen. Zie beneden ad § 43.

De leer van den hoogen raad wordt niettemin verdedigd in de *Gemeente-stem*, n°. 1077, naar aanleiding eener zaak van eenen vader, die aan zijnen zoon de namen wilde geven van WILLEM ORANJE. De *Gemeente-stem* heeft echter daarin gelijk, dat de regter geene bij de wet verboden namen kan toelaten, omdat de wet van 11 *Germ.* XI, zoo zij bestaat, even verbindend is voor den regter als voor den ambtenaar van den burgerlijken stand. Maar de vraag is juist, of die wet bij ons nog van kracht is?

4. Of van de moeder alleen. De reden is in art 342. Zie beneden, *ad* § 194.

Huwelijks-aangiften en afkondigingen.

§ **23.** De reden dezer uitzondering van den algemeenen regel van art. 14 is omdat, na de voltrekking van het huwelijk, de akten van aangifte en afkondiging van geen belang meer zijn, maar met de huwelijksakte, als 't ware, één geheel uitmaken, of, om liever te zeggen, omdat het bestaan der laatste dat der eersten bewijst.

Aangiften.

§ **24.** Het doen van die aangifte werd in den *C. N.* niet uitdrukkelijk voorgeschreven. Het lag echter in den aard der zaak, dat de afkondigingen niet konden geschieden, vóórdat de ambtenaar van den burgerlijken stand daartoe aangezocht was, en de noodige inlichtingen bekomen had. De daarvoor te houden registers echter zijn geheel nieuw.

Geschrifte. Dat geschrift behoeft geene authentieke volmagt, gelijk er in den regel (Art. 19) vereischt wordt, te zijn; ieder onderhandsch stuk, zelfs een brief, is genoeg.

Afkondigingen.

§ **26.** Die afkondigingen zijn evenwel geen volstrekt vereischte voor de geldigheid van het huwelijk. Het zijn alleen maatregelen van voorzorg, om geheime huwelijken voor te komen, en hen, die vermeenen mogten zich tegen het huwelijk te kunnen verzetten, in de gelegenheid te stellen daarvan in tijds kennis te dragen. Het achterwege laten van de afkondigingen kan nimmer de nietigheid van het huwelijk, maar alleen eene geldboete, door den nalatigen ambtenaar te verbeuren, ten gevolge hebben. Art. 137, 154 *a*). Kan de ambtenaar van den burgerlijken stand de afkondiging weigeren op grond van de ongenoegzaamheid van stukken, of van beletselen, die naar zijne meening tegen het voorgenomen huwelijk zouden bestaan? — Neen. Die bevoegdheid volgt wel voor de voltrekking van het huwelijk uit art. 129; voor de afkondiging wordt zij echter nergens gegeven *b*). Dit was ook niet noodig. Door de afkondiging wordt niets bedorven, want een onwettig huwelijk kan toch nooit worden voltrokken, al is het afgekondigd. Mogt echter de ambtenaar, in weerwil hiervan, de afkondiging weigeren, dan zal de tusschenkomst van de regtbank moeten worden ingeroepen op de wijze van art. 129. — Zie meer *Weekbl.* n°. 2439. Anders echter *Regtsgel. Adviezen*, VII, 44—47.

Het woord woonplaats moet hier overal in den wettelijken zin van domicilie, naar de bepalingen van den vierden Titel van dit Boek, opgevat worden, en kan daaronder nimmer het bloot verblijf (residentie), verstaan worden. Hieruit volgt dus, dat hij, die jaren lang in eene plaats heeft gewoond, zich elders vestigende, en aldaar in éénen dag zijn domicilie verkrijgende (zie beneden, *ad* § 49—52), zijn huwelijk moet doen afkondigen in die nieuwe woonplaats, en in de plaats, waar hij, misschien 15 jaren geleden, zijn domicilie gehad heeft, met uitsluiting der

---

a) Art. 466 van het nieuwe Strafwetboek.

b) De bewering dat de ambtenaar van den burgerlijken stand in het laatstgestelde geval de afkondiging niet zou mogen weigeren, is waarschijnlijk aan een *lapsus calami* toe te schrijven, art. 41. ASSER, *Hdl.*, bl. 159.

plaats, waar hij sedert altijd gewoond heeft. Ofschoon welligt de aanmerking, dat de wet hierdoor meermalen haar werkelijk doel zal missen, niet geheel ongegrond zij, laten echter hare woorden, en meer nog de beraadslaging over de aangehaalde artikelen, omtrent de beteekenis van het woord woonplaats, geen twijfel over.

De bepaling van art. 168 *C. N.*, dat namelijk, indien de partijen, met betrekking tot het huwelijk, onder de magt van anderen zijn, de afkondigingen ook moeten plaats hebben in de woonplaatsen van deze laatsten, is bij ons weggelaten, op grond: 1°. dat, zoolang de kinderen minderjarig zijn, dit van zelven geschiedt, vermits zij alsdan geene andere woonplaats kunnen hebben dan die hunner ouders (art. 78); 2°. omdat meerderjarigen de toestemming hunner ouders niet meer behoeven (artt. 99—104), en men hen niet heeft willen noodzaken, de dikwijls onzekere woonplaats van die ouders op te sporen; 3°. om onnoodigen omslag en kosten te besparen.

§ **27.** Bij besluit van den 16den Januarij 1830 (*Stbl.* n°. 26) zijn daartoe de officieren van justitie aangewezen.

Akten van huwelijk.

§ **31.** Zie beneden, ad § 81 en 85.

§ **32.** 2°. Deze vermelding, die, naar het voorbeeld van art. 76 *C. N.*, uitdrukkelijk gevorderd wordt, moet afzonderlijk geschieden, ofschoon zij daarom overtollig zou kunnen schijnen, omdat zij van zelven uit die van den ouderdom volgt *a*).

10°. In eene vroegere redactie van Art. 45 volgden hier de woorden: »ofte wel eene ontkennende verklaring daaromtrent door

---

a) Van zelven volgt zij niet uit de vermelding van den ouderdom. Immers men kan meerderjarig zijn geworden doordien men te voren reeds gehuwd is geweest, en ook door meerderjarigverklaring. Van het eerste blijkt uit de vermelding van de namen der vroegere echtgenooten, art. 45 1°., en in zooverre is dus de vermelding overtollig. Het tweede daarentegen oefent invloed uit op de bevoegdheid tot het aangaan van een huwelijk, omdat ook de meerderjarigverklaarde, evenals ware hij minderjarig, wel de toestemming zijner ouders of grootouders behoeft, maar bij ontstentenis van deze personen, van geen toestemming krachtens art. 95 sprake kan zijn, art. 478. In dit opzigt is dus de bedoelde vermelding niet overtollig.

de partijen af te leggen." Men oordeelde evenwel het doen van eene zoodanige vraag door den ambtenaar van den burgerlijken stand te aanstootelijk, en nam haar daarom in de wet niet op, hoezeer de koning zich heeft voorbehouden, door reglementaire bepalingen te zorgen, dat het oogmerk bereikt worde, dat men zich door eene ontkennende verklaring had voorgesteld *a*); en het valt ook niet te ontkennen, dat het dikwijls van belang kan zijn, de ouders voor de nadeelige gevolgen te waarschuwen, die het nalaten dier erkenning bij gelegenheid van het huwelijk ten gevolge heeft, aangezien zij toch later die kinderen niet meer kunnen doen wettigen, zonder hunne toevlugt te nemen tot het meer omslagtige en minder zekere middel der *legitimatio per rescriptum principis*, bij art. 330 toegestaan.

12°. Hetzelfde *b*).

Akten van echtscheiding.

§ **33.** Eener echtscheiding *c*).

§ **34.** 2°. Onverschillig of dit vonnis is van een Nederlandschen of van een buitenlandschen regter. Door het ééne zoowel als door het andere wordt het huwelijk ontbonden, ook dan als het in Nederland is voltrokken. Als toch het huwelijk van een vreemdeling, hoezeer hier te lande voltrokken, in zijn land wettig is ontbonden, dan moet hij ook in Nederland worden beschouwd als ongehuwd, en tot een tweede huwelijk worden toegelaten. Het *statutum personale* van den vreemdeling volgt hem ook in Nederland. Art. 6, 9 *Alg. Bep.*

Akten van overlijden.

§ **35.** Bij gebreke der akte, wordt het overlijden bewezen door bescheiden en getuigen. Art. 62.

Allen, die de hoedanigheden, bij art. 20 in het algemeen voor-

---

a) Dat aan dit voornemen eenig gevolg is gegeven, is mij niet bekend.

b) Niet alleen van de huwelijks-voltrekking in een bijzonder huis, maar ook van de oorzaak daartoe, moet in de akte melding worden gemaakt, art. 132, al. 2.

c) Hetzelfde geldt van de ontbinding van een huwelijk na scheiding van tafel en bed, artt. 260 en 276.

geschreven, in zich vereenigen, kunnen als getuigen worden gebezigd; want de voorschriften van art. 78 *C. N.*, waarbij hiertoe bepaalde personen worden aangewezen, zijn vervallen door het stilzwijgen van ons art. 50. Het is voor het overige opmerkelijk, dat voor de akte van overlijden de getuigen tevens aangevers zijn, zoodat in die akte geene eigenlijk gezegde partijen voorkomen. Dit is dan ook eene uitzondering van den algemeenen regel van art. 21, dat in iedere akte, behalve de getuigen, nog eene verschijnende partij vooronderstelt, die de aangifte doet van het feit, dat bij de akte moet worden geconstateerd *a*).

§ **36**. En moet bovendien de ambtenaar van den burgerlijken stand een uittreksel van de akte van overlijden doen toekomen aan dien van de laatstbekende woonplaats van den overledene, ten einde insgelijks in de registers aldaar te worden ingeschreven. Hoewel dit gebod in art. 54 niet herhaald wordt, zijn evenwel de algemeene bewoordingen, in het slot van art. 50 voorkomende, ook op dit geval van toepassing.

§ **37**. Na de afschaffing van de doodstraf bij de wet van 17 September 1870 (*Stbl.* n°. 162), zijn art. 57 en 58 vervallen. Art. 59 blijft van kracht in het geval van geweldigen dood en het overlijden in een gevangenhuis.

§ **39**. Dit artikel is overgenomen uit het Fransche decreet van den 4[en] Junij 1806, te vinden bij LOCRÉ, II, 138. Het berust op het beginsel, dat, hoezeer uit die akte het bestaan van een lijk moet blijken, als zijnde dit het eerste bewijs, dat hij, die zich op eenige regten, uit het leven of den dood van dat kind voortspruitende, wil beroepen, leveren moet, zij echter niets omtrent het levend of dood geboren zijn van het kind mag beslissen. Zie voorts over dit art., in verband vooral met het verbod van art. 358 *C. P.*, eene verhandeling in *Ned. Jaarb. voor Regtsg. en Wetg.*, VI, 429—460.

---

a) Anders OPZOOMER, t. a. p., ad art. 50 § 1, volgens wien de getuigen-aangevers zijn de personen, die dienen om het feit waarvoor de akte wordt opgemaakt, het overlijden, te getuigen, zoodat zij niet zijn te beschouwen als de getuigen, die alleen solemnitatis gratia vereischt worden, om datgene te getuigen wat er voor den instrumenterenden ambtenaar plaats heeft. Op hen acht Schr. derhalve art. 20 niet van toepassing.

§ **41** en **42**. Het wijze doel dezer bepalingen is, om zoowel valsche aangiften van overlijden, als overhaaste begravingen van schijndooden, te voorkomen. Deze bepalingen vastgesteld bij de artt. 4—6 der wet op het begraven van lijken van 1 April 1869 (*Stbl.* nº. 65), strekken ter vervanging van de art. 53 en 55 B. W., die bij art. 50 der genoemde wet zijn ingetrokken.

De ambtenaar behoeft zich niet meer naar de plaats te begeven, om het lijk te zien, zooals art. 77 *C. N.* voorschrijft. Zie boven, *ad* § 17.

Naams- en voornaams-veranderingen.

§ **43**. Door deze voorschriften omtrent het veranderen van namen en voornamen wordt eene gaping van den *C. N.* aangevuld; in Frankrijk werd dit onderwerp geregeld door eene afzonderlijke wet van 11 *Germinal*, XI[de] jaar, te vinden bij Locré, II, 140, die tot grondslag gediend heeft van de tegenwoordige zesde Afd. (artt. 63—69) van dezen Titel, doch die thans in haar geheel is vervallen. Zie boven, *ad* § 22.

§ **44**. De verandering van den voornaam is van veel minder belang dan die van den geslachtsnaam: daarom wordt daartoe de toestemming van den koning niet gevorderd. Derden kunnen er nimmer belang bij hebben deze laatste tegen te spreken; daarom behoeft het verzoek niet door de officiële dagbladen te worden bekend gemaakt. De verandering eenmaal toegestaan zijnde, moet daarentegen door allen gekend worden. Het was daarom misschien niet ondienstig geweest, daarvan eene openbare aankondiging te bevelen. Men heeft echter gemeend, dat in deze behoefte genoegzaam voorzien werd door de inschrijving in de registers, en de vermelding op den kant der geboorte-akte.

§ **45**. Voor de regelmatigheid en de volledigheid der registers is dit noodig; maar er volgt bovendien uit, dat, hoewel de verzoeker het regt op den nieuwen voor- of geslachtsnaam ontleent aan het vonnis of aan het koninklijk besluit, hij daarvan echter geen gebruik mag maken, en dus den naam niet voeren mag, zoolang die inschrijving niet door zijne zorg geschied is.

Verbetering en aanvulling der akten van den burgerlijken stand.

§ **46.** De regterlijke magt is bij uitsluiting bevoegd om de verbetering der akten te bevelen, al geldt het ook slechts de verbetering van den voornaam of van eene schrijffout in den naam. Het advies van den staatsraad van den 19[den] Maart 1808 had voor die gevallen eenen korteren weg voorgeschreven, doch die bepalingen zijn door het stilzwijgen der nieuwe wet vervallen *a*).

§ **47.** Op de kantteekeningen door de inschrijving dier uitspraken, en in het algemeen op die welke veroorzaakt worden door de inschrijvingen van nieuwe akten in die registers, is het vereischte van art. 16, omtrent de onderteekening door den ambtenaar, de partijen en de getuigen niet van toepassing, omdat art. 16 klaarblijkelijk alleen bedoelt de kantteekeningen, die dienen tot aanvulling of verbetering der akte, indien daarin een verzuim of vergissing begaan is; en bij gevolg alleen op die welke een gedeelte der oorspronkelijke akten zelve uitmaken; zie arrest van den hoogen raad van den 25 Maart 1842, bij VAN DEN HONERT, *B. R.*, III, 259—265.

§ **48.** Dit volgt uit den regel, dat een vonnis tusschen anderen gewezen, aan anderen baten noch schaden kan, aangenomen bij art. 1954. Zie beneden, *ad* § 1175.

---

a) FORTUYN, *Verz.* III, 13 vlg.

TITEL IV.

VAN WOONPLAATS OF DOMICILIE.

(Art. 74—82. EERSTE GEDEELTE, § 49—52, bl. 51, 52.)

Geschriften: ASSER, 28—31; VOORDUIN, II, 110—135; VAN DER VOORT, I, 1, 55—67; DIEPHUIS, I, 128—157; OPZOOMER, I, 30—39; OPZOOMER, *B. W.*, I, 92—118; NIENHUIS, 263—297; VAN HALL, 174—186; DIEPHUIS, *N. B. R.*, D. I, 264—304; C. ASSER, *Handl.*, I, 111—132; SASSEN, 64—75; *Regtsg. Bijdragen*, IV, 246—248; VI, 240—243; VAN HOGENDORP, *aang. Diss.*, 94—114; *Themis*, XII, 586—598; M. C. H. PAUW, *Diss. de domicilio*, *sec. Cod. Civ. Neerl.* L. B. 1841.

Men make uit het opschrift van dezen Titel niet op, dat daarin over twee verschillende zaken zou gehandeld worden: woonplaats beteekent hetzelfde als domicilie. Het laatste is, als, ten tijde van de invoering van het B. W. meer algemeen in den zin, dien de wet daaraan hecht, bekend, alleen duidelijkheidshalve behouden. Bij de beraadslaging over dezen Titel is de vraag, hoe men het Fransche domicile zou uitdrukken, in het breede behandeld. Sommigen wilden daarvoor een Hollandsch woord, eenigen wilden woonplaats, anderen vaste woonplaats, nog anderen woonstede, weder anderen vreesden, dat geen dezer woorden volkomen het denkbeeld van domicile juist uitdrukte, en verkozen mitsdien het laatste te behouden. Deze laatste aanmerking was zeker niet geheel van grond ontbloot; maar dezelfde zou kunnen gelden omtrent eene menigte andere regtstermen, en het was even waar, dat er niet veel tijd zou noodig zijn, als de wet eens in volle werking zou zijn, om zich aan die woorden te gewennen, en de vreemde te vergeten 1). De ondervinding heeft

1) Eene meer dan dertigjarige ondervinding — aldus merkte de Schr. dezer *Handl.* in 1875 op — heeft thans de gegrondheid dezer opmerking ten volle bewezen. Woonplaats, handligting, verzet, verstek, en zoo vele anderen, die in den beginne vreemd luidden, worden thans even goed gebruikt en begrepen als de Fransche uitdrukkingen, die zij vervangen.

dit sedert lang geleerd. Men behield dus het woord woonplaats, en, duidelijkheidshalve, werd er in het opschrift dat van domicilie bijgevoegd. En hieruit volgt eene algemeene en zeer gewigtige gevolgtrekking. Zij is deze: dat overal, waar men in het wetboek het woord woonplaats aantreft, daaronder moet verstaan worden vaste woonplaats of domicilie.

Men begrijpt ligtelijk, dat onder het gebied eener eenvormige wetgeving over het geheele rijk, de vraag, waar iemand zijne woonplaats heeft, van veel minder gewigt is, dan onder de vroeger op iedere plaats verschillende en ver uiteenloopende wetten. Zie boven, Eerste Ged., Inl., bl. 1—9. Wij hebben intusschen in den inhoud van dit Boek, Eerste Ged., bl. 39, de voorname gevallen opgegeven, waarin die vraag nog kan te pas komen.

---

§ **49**. Wat de wet onder woonplaats verstaat, wordt zeer duidelijk beschreven in *l.* 7 *C. de incolis: cives quidem origo, incolas vero domicilium facit. Et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit: unde non sit decessurus, si nihil avocet: unde cum profectus est peregrinari videtur; quo si rediit, peregrinari jam destitit.* — Volgens het Romeinsche regt kon men twee woonplaatsen hebben. *L.* 5, *l.* 6, § 2, *l.* 27, § 2 *D. ad municip. a*). Bij ons kan men dit niet. Of men heeft een hoofdverblijf, of men heeft er geen. In het eerste geval is de plaats van dat hoofdverblijf, in het tweede die des werkelijken verblijfs, de woonplaats. Art. 74 *b*).

§ **50**. Beiden moeten te zamen loopen, om de verandering van woonplaats daar te stellen; het bloot verlaten der woonplaats, indien er niet blijkt van den *animus non redeundi*, is daartoe niet genoegzaam *c*).

---

a) Zie Goudsmit, *Pand.*, D. I, § 30.

b) Zie in verschillenden zin Opzoomer, *B. W.*, ad art. 74; Diephuis, *N. B. R.* t. a. p., 270.

c) Arr. van den hoogen raad v. 26 Nov. 1880, *W.* n°. 4573.

1°. Deze verklaring bewijst het bestaan van het voornemen, en dat vermoeden kan niet worden weggenomen, tenzij het tegendeel worde bewezen; het is dus geene *praesumtio juris et de jure a*).

2°. Bij de beoordeeling van deze omstandigheden, die geheel aan den regter worden overgelaten, kunnen met vrucht geraadpleegd worden de titels *D. ad municip.*, en *C. de inc.* — Zie POTHIER, op den aang. titel, n°. 18.

§ 51. 1°. *L.* 38, § 2 *D. ad municip.* De vrouw, die van tafel en bed, en bij gevolg van goederen, doch niet die van goederen alleen gescheiden is, zoo als men dit uit de woorden van art. 78 zou kunnen opmaken, kan eene afzonderlijke woonplaats hebben; doch zij behoudt die van haren man, tot zoo lang van de verandering, op de wijze bij artt. 75 en 76 vereischt, blijkt.

2°. Art. 138 *C. N.* en art. 79 van het Wetb. van 1830, spreken van niet geëmancipeerde minderjarigen. Daaruit volgde dus *argumento a contrario*, dat de geëmancipeerde eene eigen woonplaats hebben kon, doch daar de woorden niet geëmancipeerde in het tegenwoordig art. 78 zijn weggelaten, kan hij dit niet meer; hij blijft minderjarig, en is dus onder de algemeene uitdrukking begrepen *b*). Anders is het met hem, die *venia aetatis* bekomen heeft; deze staat met den meerderjarige volkomen gelijk. Artt. 478, 483. Zie beneden, ad § 292, 293.

De vraag, waar een minderjarige, na den dood zijns vaders, zijne woonplaats heeft, bij zijne moeder, als zij niet te gelijk voogdesse is, of bij zijnen voogd, wordt hier niet beslist. Het schijnt intusschen uit de woorden: bij hunne ouders of voogden, dat hij eerst dan, wanneer hij in het geheel geene ouders, en dus ook geene moeder heeft, de woonplaats van zijnen voogd volgt. Zie echter *Regtsg. Bijbl.*, I, 400, 453—456 *c*).

---

a) Volgens OPZOOMER, *B. W.*, ad art 76, is hier tegenbewijs uitgesloten.

b) Ingevolge art. 484, zooals het is gewijzigd bij art. 1 der wet v. 4 Julij 1874 (*Stbl.* n°. 91) geldt art. 78 niet voor de handelingen, waartoe de minderjarigen krachtens verkregen handligting bevoegd zijn. Thans hebben zij dus met betrekking tot die handelingen, een onafhankelijk domicilie.

c) De regtsgrond der bepaling is dat de minderjarige de woonplaats heeft van dengene, die hem in de uitoefening zijner burgerlijke regten vertegenwoordigt (zie NICOLAI bij VOORDUIN, II, bl. 126). Ik meen daarom dat wanneer de minderjarige onder

4°. Dit schijnt niet te kunnen slaan op getrouwde vrouwen, die tegelijk dienstboden zijn; want deze hebben geene andere woonplaats dan die van haren man. Art. 78. Voorts verschilt de redactie van dit artikel eenigzins van die van art. 109 *C. N.* Vooreerst vindt men hier het Fransche woord *habituellement* niet terug, waaruit volgt, dat een werkman, die slechts tijdelijk gaat wonen in het huis van een ander, om daar zeker werk te verrigten, gedurende dien tijd aldaar zijne woonplaats verkrijgt. — Ten tweede, heeft de werkman niet dezelfde woonplaats, als de persoon bij wien hij werkt, zooals in het Fr. Wetb. stond, maar hij heeft zijne woonplaats in het huis van dengenen, bij wien hij werkt, of liever, waarin hij werkt *a*). De reden is, omdat het dikwijls gebeuren kan, dat groote fabrikanten inzonderheid hunne werkplaatsen hebben op plaatsen zeer ver van hunne woonplaats verwijderd.

De aanvaarding van openbare bedieningen brengt in geen geval *eo ipso* verandering van woonplaats mede, art. 77, zonder onderscheid of die bediening tijdelijk, herroepbaar of *ad vitam* is, indien het tegenovergestelde voornemen niet aan den dag wordt gelegd, het zij door eene uitdrukkelijke verklaring, het zij dat voornemen uit de omstandigheden worde opgemaakt. *Arg.* art. 77, *juncto* art. 76. Ook hierin is men afgeweken van het onderscheid in de artt. 106 en 107 *C. N.*, tusschen die verschillende bedieningen gemaakt. Desniettemin zal hij, die eene openbare bediening *ad vitam* bekleedt, wel meestal zijne woonplaats krijgen ter plaatse, alwaar hij die bediening moet uitoefenen; zijn werkelijk verblijf verkrijgt hij er altijd, en niet dan zeer zelden zal er bij hem kunnen gedacht worden aan den *animus redeundi* naar zijne vroegere woonplaats. Het is zoo wel op dien grond, als ook omdat

---

voogdij staat, de woonplaats van den voogd die van den minderjarige is, ook dan wanneer een zijner beide ouders nog leeft en deze de voogdij niet heeft. Zie ASSER, *Handl.* bl. 116 en 117.

De hooge raad besliste bij arr. v. 26 Nov. 1880, *W.* n°. 4573, dat de woonplaats van den minderjarige na het overlijden van den voogd, daar is, waar deze zijn laatste woonplaats had.

a) Dit alles geldt echter alleen wanneer hij bij dezen inwoont. DIEPHUIS, *N. B. R.* t. a. p., bl. 279.

de bedieningen ***ad vitam*** bij ons zeer schaarsch zijn, en zich hoofdzakelijk tot eenige regterlijke bedieningen bepalen (zie art. 163 Gr., art. 51, 62, 84 der wet op de R. O. *a*)), dat alle onderscheiding is achterwege gelaten. In geval van eene personele actie tegen eenen ambtenaar, kan deze echter worden geroepen voor den regter van zijne woonplaats of voor dien der plaats, waar hij zijne bediening uitoefent. Art. 97, 126 W. van B. R. — Zoo ook heeft de militair in den regel tot domicilie zijne garnizoensplaats: ***miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret. L.*** 23, § I ***D. ad municip.;*** omdat hij in den regel ook daar zijn hoofdverblijf, en bij gebreke daarvan zeker zijn werkelijk verblijf houdt; wanneer niettemin kan worden aangetoond, dat hij zijn hoofdverblijf heeft behouden in zijne oude woonplaats, of wel dat hij die elders dan in zijne garnizoensplaats gevestigd heeft, dan heeft hij ook daar zijn domicilie. Zie hierover vooral *Regtsg. Adv.* I, 29—33.

§ **52.** Niemand kan tegen zijnen wil van zijnen natuurlijken regter worden afgetrokken, art. 150 Gr.; maar dat belet niet, dat men door eigen toestemming voor eenen anderen regter dan voor dezen kan teregt staan. Er zijn bovendien onderscheiden handelingen, waarin de wet zelve de keuze van woonplaats beveelt; maar ook daardoor wordt men aan zijnen natuurlijken regter niet onttrokken, omdat in die gevallen de wet zelve den regter der gekozen woonplaats als den eenig bevoegde aanwijst. Zie een voorbeeld in art. 1231, en art. 5, 133, 406, enz. W. van B. R.

Eene andere, enz. Deze woorden zijn slechts demonstratief; men kan ook domicilie kiezen aan zijne eigen woonplaats, en dit is zelfs bij overeenkomsten zeer gebruikelijk *b*).

---

a) Ook art. 87 R. O., zooals het is vastgesteld bij de wet van 9 April 1877, *Stbl.* n°. 73.

b) Het practisch gevolg is dan, dat dit gekozen domicilie, voor zooveel die overeenkomst betreft, niet dan binnen de in art. 82 gestelde grenzen veranderd mag worden; dus niet kan worden overgebragt naar eene andere gemeente, wanneer men derwaarts zijne werkelijke woonplaats overbrengt.

TITEL V.

VAN HET HUWELIJK.

(Artt. 83—157. EERSTE GEDEELTE, § 53—93, bl. 52—60.)

Geschriften: ASSER, 31—67; VOORDUIN, I, 135—278; VAN DER VOORT, I, I, 68—131; DIEPHUIS, I, 158—264; OPZOOMER, I, 39—66; OPZOOMER, *B. W.*, I, 119—182; VAN HALL, 196—221; DIEPHUIS, *N. B. R.*, IV, 1—159; ASSER, *Hdl.*, I, 136—193; SASSEN, 75—214; DONKER CURTIUS, 16—67; *Regtsgel. Bijdragen*, IV, 248—265; VI, 683—710; L. ASSER, *Diss. de matrimonio, secundum novum Cod. Belg.* L. B. 1823, p. 1—35.

Algemeene bepalingen.

§ **53.** Het ontwerp van 1820 gaf in art. 120 eene bepaling van het huwelijk, zakelijk overeenkomende met die, welke wij hier geven: zij is letterlijk uit de aang. § 1 I. overgenomen: *viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens.* — Sommige schrijvers over het natuurregt noemen het huwelijk eene vereeniging van man en vrouw, ten doel hebbende om kinderen voort te brengen. Men zie b. v. HEINECCIUS, *el. jur. civ. tit. Inst. de Nupt.*, § 146; GRONOV., *ad* GROTIUM, *de J. B. et P.*, II, 5, 8. Naar het natuurregt, indien dit al een huwelijk kent, moge die bepaling juist zijn: naar het burgerlijk regt is zij dat niet. De vraag is niet: welk doel heeft het huwelijk? maar wat is het? — Bovendien zou de uitdrukking onjuist zijn: de voortplanting is niet altijd het eenige, ja zij is soms in het geheel het doel niet, waarmede een huwelijk wordt aangegaan. Evenmin komen de woorden: medebrengende een wettelijk gebruyk van malkanders lichaam, die wij lezen bij DE GROOT, *Inl.*, I, 5, 1, bij die bepaling te pas. Dat gebruik toch is ten hoogste een gevolg van het huwelijk; het is geen noodzakelijk vereischte tot de bestaanbaarheid daarvan.

§ **54.** De wet beschouwt het huwelijk alleen in zijne burgerlijke betrekkingen. Dit is een uitvloeisel van de vrijheid van

godsdienst, bij art. 164 der Grondwet gewaarborgd; want men kan, zonder inbreuk op dit beginsel te maken, de bestaanbaarheid van het burgerlijk huwelijk niet afhankelijk maken van de vervulling van eenige godsdienstige plegtigheid. In den *C. N.* was hetzelfde beginsel aangenomen, ofschoon niet uitgedrukt, omdat men oordeelde, dat dit van zelve sprak. Zie LOCRÉ, II, 312, 379—381. Bij ons is men daarop teruggekomen, omdat men het voor niet dan heilzaam hield, dat de wet zich duidelijk omtrent een zoo gewigtig beginsel van wetgeving, dat de grondslag van al de volgende bepalingen uitmaakt, verklaarde.

De sanctie van art. 136, welke bepaling in den *C. N.* ook niet voorkomt, vindt men in artt. 199, 200 *C. P.* — Men heeft de dwalingen willen voorkomen van lieden, die door de kerkelijke inzegening van een huwelijk, dat niet burgerlijk voltrokken was, daardoor ligtelijk in het denkbeeld zouden verkeeren, dat zij wettig getrouwd waren. LOCRÉ, XV, 339. En in zoo verre is deze bepaling zeer zeker niet in strijd met het beginsel, in art. 164 Gr. aangenomen. — REHBERG, in zijn aang. werkje, *über den C. N.*, verzet zich zeer luide, doch tevens op zeer onaannemelijke gronden, tegen de beschouwing van het huwelijk als een burgerlijk contract. Zie bl. 121—125 *a*). Ons artikel is voor het overige algemeen, en onderscheidt volstrekt niet, het verbiedt alle godsdienstige plegtigheden, door wien ook verrigt. Minder algemeen daarentegen zijn de bepalingen van den *Code Pénal*, die alleen spreken van bedienaren der godsdienst, zoodat de straf van die artt. op geene anderen kan worden toegepast *b*). Dat is

---

a) Ofschoon tusschen het huwelijk en een contract, wat het tot stand komen betreft, punten van overeenstemming bestaan, is het onjuist het huwelijk als een gewoon burgerlijk contract te beschouwen. Dit is ook de meening van den Schr. der *Handl.*, zie beneden § 82. Het huwelijk heeft ten doel het vestigen van duurzame banden; bij het sluiten van een contract daarentegen is de wil gerigt op het vestigen van eene tijdelijke regtsbetrekking, die opgeheven wordt door het nakomen der contractuele verpligting.

b) Het oorspronkelijke regeringsontwerp van het nieuwe wetboek van strafrecht bevatte die beperking niet, art. 504. Zij werd echter, naar aanleiding van de bij de Commissie van rapporteurs uit de Tweede Kamer tegen deze uitbreiding gerezen bedenkingen (Verslag, ad art.), weder opgenomen in art. 446 van het gewijzigd ontwerp van wet, overeenstemmende met art. 449 van het wetboek.

voorzeker een verzuim; want de *ratio legis* is in alle gevallen dezelfde 1). Er is nog een ander verschil. De artt. van den *Code Pénal* straffen alleen de godsdienstige voltrekking van het huwelijk, dat is het bedienen van alle de plegtigheden voor het bestaan van het kerkelijk huwelijk vereischt, zoo als dit te regt beslist is bij arrest van den hoogen raad van 22 Julij 1850, bij VAN DEN HONERT, *Strafr. en Strafv.*, 1850, II, 15—29. Ons art. daarentegen verbiedt alle godsdienstige huwelijksplegtigheden; maar het is, voor zoo ver het verder gaat dan de bepalingen der strafwet, zonder pénale sanctie *a*).

§ 55. Naar het Romeinsche regt kon wel niemand regtstreeks tot het voltrekken van een huwelijk worden gedwongen; doch het niet nakomen eener trouwbelofte gaf niettemin tegen den weigerachtigen verloofde eene actie tot schadevergoeding. Onze oude regten gingen veel verder; in zekere gevallen kon de weigerachtige zelfs door lijfsdwang tot het voltrekken van het beloofde huwelijk worden genoodzaakt, in anderen werd door den regter iemand benoemd om hem daarbij te vervangen; dit laatste was zelfs nog overgenomen in art. 132 van het Wetb. van 1809. Zie voorts VOET, *ad tit. D. de sponsalib.*, 12; GROENEWEGEN, *de legib. abrog.*, *ad tit. C. de sponsalib.*, *l.* 1; VAN LEEUWEN, *censura forensis*, I, 1 cap. 11, n°. 26, alwaar geleerd wordt: »sponsaliorum effectus est, ut futurarum nuptiarum obligationem inducant, tantamque moribus firmitatem obtinent, ut is qui sui juris sponsalia contraxerit cum arrharum dispendio ab iis recedere non possit, sed contractum sponsalitium adimplere adeoque et uxorem ducere teneatur invitus, et vel ipso carcere cogatur condemnatus." Het Fransche Wetboek daarentegen had over de trouwbeloften het stilzwijgen bewaard, en daaruit waren meermalen processen ontstaan. Wel was het buiten bedenking, dat men

---

1) Bij de Israëlieten b. v. kan het huwelijk kerkelijk worden ingezegend, ook door iederen leek; en, is dit eenmaal geschied, dan is het kerkelijk huwelijk volkomen wettig voltrokken.

a) Art. 449 van het nieuwe Strafwetboek stelt elke godsdienstige plegtigheid tot het huwelijk betrekkelijk, al voldoet zij niet in alle deelen aan hetgeen in eenig kerkgenootschap voor eene geldige inzegening gevorderd wordt, strafbaar.

uit krachte daarvan nimmer kon genoodzaakt worden om een huwelijk aan te gaan, niet alleen *quia ad factum nemo praecise cogi potest*, maar ook omdat een huwelijk niet denkbaar is zonder vrije toestemming op het oogenblik van de voltrekking, en omdat daartoe dus uit den aard der zaak niemand kan genoodzaakt worden. Maar eene andere vraag was het, of zij, bij niet-vervulling, grond tot schadevergoeding konden opleveren. Dit werd door sommigen ontkend, omdat die belofte eene *causa illicita* tot grondslag zou hebben. Ondertusschen pleitten twee zeer gewigtige redenen voor de toestemmende beantwoording der vraag: 1°. wat bragt trouwbelofte mede? eene *obligatio faciendi*, die, naar aanleiding van art. 1142 *C. N.*, in schadevergoeding wordt opgelost; 2°. art. 1382: *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.* Zie vooral TOULLIER, VI, 293—303. Wat daarvan ook zij, de gevoelens der schrijvers en der regtbanken waren zeer verdeeld, en ons art. 113 heeft de vraag voor het vervolg beslist. Trouwbeloften geven in het algemeen geen regt, hoe ook genaamd, eensdeels om ergerlijke processen te voorkomen, anderdeels, omdat men dikwijls in een oogenblik van zwakheid of drift, zich de toestemming laat afpersen tot een huwelijk, die men bij bedaarder overdenking nooit zou hebben gegeven.

§ **56.** De laatste der zoo even gemelde redenen houdt op, als er reeds eene afkondiging heeft plaats gehad. Dan heeft men tijd van denken gehad, en zijn verstand kunnen raadplegen; het is dus billijk, dat hij, die zijn gegeven woord intrekt, aan den andere de schade vergoede, die deze werkelijk en in zijne goederen geleden heeft, en zonder dat daarbij dus ooit, zoo als in het algemeen, volgens art. 1282, winstdervingen mogen in aanmerking komen. Anders was het in onze voormalige regten, die aan wettiglijk gegeven trouwbeloften, door het wisselen van eenen ring, of het geven van eenen trouwpenning, bewezen, het gevolg toekenden, dat men daarvan zonder wettige redenen niet kon terug komen.

Hoedanigheden en voorwaarden die vereischt worden om een huwelijk aan te gaan.

§ **57.** 2°. De vrije toestemming is zulk een wezenlijk en onmisbaar vereischte van het huwelijk, dat het zonder deze niet denkbaar is, en dat de wet zich niet vergenoegt met te zeggen, dat zij moet gegeven worden, maar in art. 85 zegt, dat zij vereischt wordt tot het wezen van het huwelijk. *Nuptias non concubitus, sed consensus facit. L.* 30 *D. de R. N.-Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes; id est qui coeunt, quorumque in potestate sunt. L.* 2, *D. de rit. nupt.* — Anders zou het zijn, naar het natuurregt; indien men daar aan een huwelijk denken wil, dan kan dit alleen door den *coitus* plaats grijpen; men zou alsdan den regel moeten omkeeren en zeggen: *nuptias non consensus sed concubitus facit.*

Het bedrog, het geweld, waardoor die toestemming verhinderd wordt, is dat, waardoor alle overeenkomsten nietig zijn. Zie daarover beneden, ad § 780. — Maar er is ook geene toestemming, wanneer er dwaling heeft plaats gehad in den persoon; ook dit kan aanleiding geven tot nietigverklaring van het huwelijk. Art. 142, gelijkluidend aan het slot van art. 180 *C. N.* De Fr. schrijvers verstonden onder die uitdrukking bijna eenstemmig den physieken persoon, den individu, met uitsluiting van den zedelijken (morelen) persoon: zoodat hij, die Maria trouwt, terwijl hij dacht Anna te trouwen, de nietigheid, uit hoofde van niet-toestemming, kan inroepen; maar niet hij, die gedwaald heeft in het geldelijk vermogen, den maatschappelijken stand, of de zedelijke en de ligchamelijke hoedanigheden van zijnen echtgenoot. En zoo moet het ook bij ons verstaan worden: 1°. moeten de nietigheden, die zulke schromelijke gevolgen voor de echtgenooten, de kinderen, de familiën en voor de maatschappelijke orde medebrengen, zoo eng mogelijk beperkt worden; 2°. had de echtgenoot vóór het huwelijk kunnen en moeten onderzoeken of hij of zij, met wien hij zich in den echt begaf, arm of rijk, adelijk of onadelijk, deugdzaam of ondeugdzaam, enz. was: *unusquisque*

debet esse gnarus conditionis ejus cum quo agit; en 3°. verklaren de echtgenooten, bij de voltrekking van het huwelijk, dat zij dien bepaalden persoon, die naast hen staat, Jan of Maria, tot echtgenoot aannemen, zonder zich over zijne verdere hoedanigheden of over andere bijkomende omstandigheden uit te laten. Art. 135.

Hij, die wegens gebrek aan verstandelijke vermogens is onder curatele gesteld, kan geene toestemming geven, omdat hij niet weet wat hij wil: hij kan dus niet trouwen. Art. 143. *Furor contrahi matrimonium non sinit*, *quia consensu opus est. L.* 16 § 2 *D. de rit. nupt. a*). Maar geldt dit ook omtrent den doofstomme? Neen, mits hij de toestemming bij geschrift of door andere verstaanbare teekens kunne geven. Art. 135 vordert niet, dat dit bij monde geschiede, en dat zal bij ons te zekerder zijn, naardien somtijds het huwelijk bij volmagt kan voltrokken worden. Art. 134. Maar wat is er van hem, die uit hoofde van zwakheid van vermogens, op eigen verzoek, is onder curatele gesteld (art. 488)? Kan hij huwen? Ja. Het is niet de curatele, maar de onmogelijkheid om toe te stemmen, omdat men niet weet wat men wil, die het beletsel tot het huwelijk oplevert. Dit nu kan men niet zeggen van hem, die slechts zwak van geest is, zoo min na als vóór de curatele, en nog eens de curatele alleen kan hem niet onbekwaam maken voor het huwelijk: de wet zegt dit dan ook nergens; en zulke onbekwaamheden worden noch verondersteld noch aangevuld. De eenige vraag is: kan hij eene vrije toestemming geven? Dit vordert de wet; en het antwoord is ja. Even weinig kan uit de bepaling van art. 506 over het huwelijk van den verkwister, waaruit niets anders blijkt, dan dat

---

a) Dit gaat te ver. Hij die wegens gebrek aan verstandelijke vermogens onder curatele is gesteld, is ingevolge de wet, onbevoegd om te trouwen, maar dit neemt de mogelijkheid niet weg dat hij desniettegenstaande toch trouwt. Art. 143 is juist met het oog daarop vastgesteld. Een huwelijk door zoodanig persoon gesloten, blijft regtsgeldig bestaan, totdat het op de vordering van een der in genoemd artikel aangewezen personen nietig is verklaard, en dit is zelfs niet meer mogelijk wanneer de echtgenooten, gedurende zes maanden na de intrekking der curatele hebben zamengewoond.

de wet voor dezen, met of zonder reden, eenige bijzondere voorzieningen heeft noodig geacht, de volstrekte onbekwaamheid voor het huwelijk worden afgeleid. Indien de wet zijn huwelijk niet heeft geregeld, dan mag dit een verzuim zijn, maar er volgt niets anders uit, dan dat daarbij de gewone regelen gelden. Zie meer beneden, ad § 547. Anders *Themis*, II, I, 333—340.

3°. Deze ouderdom is in de verschillende wetgevingen verschillend; de Rom. wetten vorderen voor den man de *pubertas*, dat is den ouderdom van 14 jaren; voor de vrouw de *viripotentia*, dat is dien van 12 jaren. *Pr. I. de Nupt.*, *Pr.* 1. *Qb. mod. tut. fin.* De oud-Holl. wetten stelden denzelfden ouderdom vast. DE GROOT, *Inl.*, I, 5, 3. De Fransche wet vorderde voor mannen dien van 18, voor vrouwen dien van 15 jaren. De voorname reden, waarom dit laatste in ons art. 86 veranderd is, is gelegen in de vermeende tragere geslachtsontwikkeling bij ons dan bij de zuidelijker Franschen.

4°. *c.* Bij de beraadslaging over art. 162 *C. N.* was er vrij hevig getwist over de vraag, of men het huwelijk tusschen schoonbroeders en schoonzusters zou toelaten of verbieden. Zie LOCRÉ, II, 318—320, 385, 386. De slotsom der overwegingen op dit punt bij ons is geweest, dat men die huwelijken in het algemeen voor aanstootelijk en strijdig met de goede zeden, en gevaarlijk voor de rust der huisgezinnen hield; maar dat zij in enkele gevallen, daarentegen, voor heilzaam en nuttig kunnen gehouden worden. Men heeft ze dus verboden, met vrijlating nogtans aan den koning, om van dat verbod dispensatie te verleenen. Art. 88.

d. e. Men heeft het verbod dus verder uitgestrekt dan in art. 163 *C. N.*, en men is teruggekeerd tot de Romeinsche en oud-Hollandsche wetten. § 3, 5 *I. de Nupt.;* DE GROOT, *Inl.*, I., 5, 8. De voorname reden van het verbod is: *quia parentum loco habentur;* en deze bestaat bij al de hier genoemde personen evenzeer. Deze bepalingen zijn echter limitatief, en het huwelijk met den achter-oud-oom of met de achter-oud-moei is niet verboden, indien zich trouwens immer zulk een geval zou opdoen. Evenzoo ook mag het verbod niet worden uitgestrekt tot aange-

huwde ooms en moeijen. In de zijdlinie toch is het huwelijk alleen verboden tusschen aangehuwden in den tweeden graad. Dit blijkt duidelijk uit de woorden der wet, die het huwelijk alleen verbieden tusschen oom en nicht, enz., wettige of onwettige, zonder daarbij te gewagen van aangehuwden, in tegenstelling van hetgeen onmiddellijk te voren, zoo omtrent de bloedverwanten in de regte lijn als omtrent de broeders en zusters, geschied is. Om deze redenen besliste dan ook een vonnis der arrondissements-regtbank te 's Gravenhage van 21 Mei 1841 (*W. v. h. R.*, n°. 188), dat het huwelijk tusschen een weduwenaar en de broeders dochter zijner eerste vrouw bij geene wet is verboden. Ook van het hier bedoelde verbod kan dispensatie verleend worden, maar al weder alleen om gewigtige redenen. Men moet vooral die woorden niet voor niet geschreven houden; met andere woorden, ofschoon de koning alleen te oordeelen heeft over het gewigt der aangevoerde redenen, moet men daarmede niet te ligtvaardig zijn; want, behalve de algemeene reden, zoo even ad *a* opgegeven, behalve, dat dergelijke huwelijken, die aan de moeder hare dochter tot zuster en haren broeder tot zoon geven, alle maatschappelijke toestanden opheffen of omverwerpen, leeren ondervinding en wetenschap, dat zulke huwelijken tusschen digte bloedverwanten veelal zeer nadeelig werken op ligchaam en geest van de daaruit te verwekken kinderen.

f. Onverschillig of er te dier zake al dan niet eene echtscheiding heeft plaats gehad, tot welk geval het verbod bij art. 298 *C. N.* beperkt werd. Het is daartoe ook niet volstrekt noodig, dat de ontrouwe echtgenoot zij veroordeeld wegens overspel; genoeg dat er een vonnis bestaat, waarbij hij daarvan wordt overtuigd, en dus ook b. v. een vonnis, waarbij hij ter zake van verkrachting is veroordeeld, omdat de verkrachting van zelven het overspel bewijst. Het is evenmin een bepaald vereischte, dat er een vonnis zij van den strafregter; ook een vonnis van den burgerlijken regter, waarbij wegens overspel echtscheiding wordt uitgesproken, is voldoende, indien bij het vonnis tevens wordt uitgemaakt met wien het overspel is bedreven, want ook dat vonnis bewijst het overspel en overtuigt hem daarvan, en de wet

maakt niet het minste onderscheid tusschen een vonnis van den burgerlijken en van den strafregter *a*).

g. Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. L. 3. *D. de div. et. rep.* Het ontwerp van 1820 hield, in art. 128, de volgende bepaling in: de echtgenoot, tegen wien een vonnis van echtscheiding is uitgesproken, kan ook met een ander nimmer hertrouwen, zelfs niet na den dood van den vorigen echtgenoot. Men heeft deze bepaling echter voor al te hard gehouden en zelfs gevaarlijk en onzedelijk geoordeeld, en het genoegzaam beschouwd, door het tegenwoordige verbod, ergerlijke en ongelukkige huwelijken te voorkomen. Het verbod van dit art. is, hoezeer het alleen spreekt van echtscheiding, natuurlijk evenzeer van toepassing op ontbinding van het huwelijk, na scheiding van tafel en bed, in het geval van art. 255. De beide gevallen staan volkomen gelijk, en de *ratio decidendi* is dezelfde. Zie meer *Weekbl.* n°. 2022, *Regtsg. Bijbl.* 1858, bl. 461—464 *b*).

Mogende, enz. Het doel is om de *confusio sanguinis* voor te komen, en het verbod is even daarom niet toepasselijk bij ontbinding van het huwelijk na tienjarige afwezigheid van den man. Dit volgt dan ook uit de algemeene woorden van art. 550, dat de regtbank den achtergebleven echtgenoot kan vergunnen een ander huwelijk aan te gaan, zonder eenig ander uitstel, zonder onderscheid of de man of de vrouw afwezig zij *c*).

---

a) Aldus is o. a. beslist bij arrest van den hoogen raad van 5 Dec. 1879, *W.* n°. 4448. Zie in utramque partem de regtspraak en de literatuur vermeld bij ASSER, *Regtspr.* ad art. 89, sub n°. 3; 1e suppl., sub n°. 3*, en 2e suppl. sub n°. 5.

b) Zulks moge in overeenstemming zijn met de ratio legis, met de tekst der wet is het in strijd. Dit laatste is vooral van gewigt, omdat het eene verbodsbepaling geldt, die als zoodanig van strikte toepassing is. Op het geval van nietigverklaring van het vroegere huwelijk is de bepaling noch naar de letter noch naar de bedoeling van toepassing.

c) Wanneer de vrouw een nieuw huwelijk aangaat, krachtens de vergunning bedoeld bij art. 550, kan er geen sprake zijn van toepassing van art. 91, omdat het bestaande huwelijk eerst ontbonden wordt *door* de voltrekking van het nieuwe. Over de vraag of art. 91 ook geldt in gevallen waarop het naar de letter der wet

§ **58.** Het art. spreekt van m i n d e r j a r i g e n, en niet van hen die den ouderdom van 23 jaren niet bereikt hebben, gelijk ook de volgende artt. 95, 97, 99 altijd spreken van m e e r d e r j a r i g e n en m i n d e r j a r i g e n. Daaruit blijkt, dat hij, die om welke reden ook, m e e r d e r j a r i g is, deze toestemming niet behoeft, al is hij jonger dan 23 jaren; b. v. hij die, minderjarig gehuwd zijnde, en daardoor meerderjarig geworden (art. 385), vóór zijn 23ste jaar weduwe of weduwnaar geworden, tot een tweede huwelijk wil overgaan. Zie meer *Weekbl.* n°. 2004. Anders echter VAN BEMMELEN, in eene brochure over de grondwettelijke meerderjarigheid van den Prins van Oranje *a*).

1°. Onder het gebied van den *C. N.* kon de zoon, ook meerderjarig geworden zijnde, tot zijn 25ste jaar, zonder de toestemming zijner ouders geen huwelijk aangaan. Art. 94 van het Wetboek van 1830 vorderde dien ouderdom voor den zoon zoo wel als voor de dochter. Vele leden der staten-generaal verlangden deze bepaling behouden te zien, gelijk dit ook vroeger in de meeste provinciën hier te lande regtens geweest was. VOET, *ad. tit. D. de R. N.*, n°. 11. In Holland echter was het anders; de zoon behoefde die toestemming tot zijne volle meerderjarigheid, zijnde 25 jaren; de dochter had die slechts noodig tot zij 20 jaren bereikt had. DE GROOT, *Inl.* 1, 5, 15; 1, 7, 2. — Men heeft gemeend, dat de meerderjarige het volle regt moest bezitten, om alle burgerlijke handelingen naar goedvinden te verrigten, en dat er geene genoegzame reden bestond, om hierin voor het huwelijk eene uitzondering te maken *b*).

Ons art. 92 verschilt in redactie van art. 148 *C. N.* Dat artikel ving aan met te zeggen, dat de kinderen geen huwelijk konden aangaan zonder de toestemming van hunnen vader en van hunne moeder, en liet er dan op volgen: *en cas de dissentiment,*

---

van toepassing is, maar waarin de ratio legis ontbreekt, b. v. indien de weduwe binnen 300 dagen na het overlijden van haar echtgenoot bevalt, heerscht verschil van gevoelen. Zie ASSER, *Hdl.* bl. 143 en 144, 4°.

a) De meerderjarigverklaarde behoeft die toestemming wel tot hij den ouderdom van 23 jaren bereikt heeft, art. 478.

b) Zie echter beneden § 62.

le consentement du père suffit; en dat was zeker eene tegenstrijdigheid. In het wezen der zaak is evenwel geene verandering gemaakt. De toestemming der moeder moet nog gevraagd worden; doch het huwelijk kan doorgaan, al weigert zij die te geven. Men mag misschien nog met Rehberg (bl. 125) vragen: waarom die toestemming te verzoeken, als men haar niet noodig heeft? En men mag misschien vragen, of men der moeder niet dezelfde vernedering, als onder den *C. N.*, aandoet, door haar eene toestemming te vragen, die, als zij haar geeft, overbodig is, even als hare weigering krachteloos? *a*)

6°. Volgens art. 160 *C. N.* moest de minderjarige, die noch ouders noch grootouders had, tot het aangaan van een huwelijk de toestemming vragen van den familieraad. Deze instelling intusschen bij ons afgeschaft zijnde (zie daarover beneden, *ad* § 258), moest die bepaling natuurlijk verandering ondergaan; en er kon dan voorzeker geen geschikter persoon dan de voogd daartoe worden gekozen, die de ware belangen van den minderjarige het best kan beoordeelen, en ook geacht moet worden te behartigen.

Het Romeinsche regt verbood het huwelijk tusschen den voogd, den curator of hunne kinderen, en hunne pupil, totdat de voogdijrekening was afgeloopen. *L.* 36, 59 *D. de R. N.* Dat verbod was in art. 108 van het Wetboek *Napoleon voor het Koningrijk Holland*, alsmede in art. 131 van het ontwerp van 1820 overgenomen, doch is bij ons, op het voorbeeld van den *C. N.*, weggelaten.

§ **59.** Deze volgorde is veel eenvoudiger en doelmatiger dan die bij art. 150 *C. N.* voor de grootouders voorgeschreven.

§ **60.** Volgens art. 97 van het Wetboek van 1830, was het in dat geval altijd de kantonregter, die de toestemming gaf of weigerde. — In het ontwerp van 1820, artt. 135 en 141, werden de redenen opgegeven, om welke de voogd zijne toestemming

---

a) Asser, *Hdl.*, bl. 151 litt. *α*, is van een ander gevoelen. Tegen zijne zienswijze wensch ik aan te voeren, dat niet in eene voorafgaande bespreking van de belangen van het kind met zijne beide ouders, maar alleen in hunne daaruit voortgevloeide toestemming een waarborg kan gezocht worden voor de wenschelijkheid van het huwelijk. De wetgever die alleen het medeweten der moeder, niet hare toestemming als vereischte stelt, bleef dus ter halver wege staan en bereidde der moeder daardoor doelloos eene vernedering.

weigeren kon; thans worden die geheel aan het oordeel van den regter overgelaten.

Bloedverwanten; mannen of vrouwen. De wet onderscheidt niet voor dit geval. Het is waar, art. 388 zegt, dat, in het algemeen, de bloedverwanten of aangehuwden, die worden opgeroepen, om over de belangen der minderjarigen gehoord te worden, moeten zijn manspersonen; maar het is ook waar, dat in dat art. 388 uitdrukkelijk gezegd wordt, dat het alleen geschreven is voor de gevallen, waarin dit naar aanleiding van dezen titel (d. i. wegens zaken rakende de voogdij) *a*), noodzakelijk is; en dat hier, waar voor dit bijzonder geval de vereischten der op te roepen bloedverwanten afzonderlijk worden opgenoemd, daarvan geene sprake is.

Tot den graad van vollen neef. Liever tot den vierden graad; want er valt moeijelijk eene reden uit te denken, waarom andere bloedverwanten in denzelfden graad, zoo als b. v. de oud-oom (art. 349), zouden uitgesloten zijn. En dat dit dan ook werkelijk de bedoeling van den wetgever geweest is, blijkt uit de woorden van het artikel zelf. Er staat niet tot den vollen neef, maar tot den graad van vollen neef, en in dien graad bestaan alle met hem in graad gelijk staande personen den minderjarige.

§ **61.** De regtbank doet, na verhoor van het openbaar ministerie, uitspraak, zonder vorm van geding (art. 96); hetgeen echter niet belet, dat zij, zoo noodig, de partijen tot hare inlichting hooren kan.

§ **62.** Het kind, ofschoon meerderjarig geworden, moet echter bij eene handeling van zoo groot gewigt als het huwelijk, niet geheel onafhankelijk zijn van het gezag zijner ouders, die doorgaans met meer bezadigdheid daarover oordeelen, dan jonge lieden, die dikwijls meer aan hunne driften dan aan hun verstand gehoor geven. Men treft hier twee zeer belangrijke wijzigingen van de artt. 151 en 152 *C. N.* aan, als: 1°. strekken deze zich uit

---

a) En na de wijziging die art. 388 door de wet van 15 Nov. 1876, *Stbl.* n°. 195, heeft ondergaan, van den daaropvolgenden titel.

ook tot de grootouders, en 2°. bleef het vragen van de toestemming noodig, welken hoogen ouderdom het kind ook bereikt had. Dat was een overblijfsel uit het Romeinsche regt, *Pr. I. de Nupt.*, en verklaarde zich uit het onbegrensd gezag, door dat regt aan den *pater-familias* toegekend.

§ **63**. Deze tusschenkomst vervangt de zoogenaamde akten van eerbied (*actes respectueux*) van het Fransche regt (art. 151—154 *C. N.*). De ondervinding had geleerd, dat deze *actes*, die toch eigenlijk alles behalve *respectueux* waren, zelden de gewenschte uitkomsten opleverden; doch waar zij niet in eene bloote formaliteit ontaardden, meestal dienden om verbittering en familietwisten te veroorzaken. De nieuwe instelling is ongetwijfeld doeltreffender, en zal niet ligt in eene noodelooze formaliteit overgaan; men mag zelfs vertrouwen, dat zij het gewenschte doel beter zal doen bereiken, indien, gelijk het te verwachten is, de kantonregter al het gewigt der hem opgedragen taak gevoelt.

§ **64**. In het eerste geval bestaat er vermoeden, òf dat de vader of de moeder van de weigering afziet, òf dat daarvoor geene gegronde redenen bestaan; en in het tweede geval vooronderstelt de wet, dat het kind, althans voor het oogenblik, zijn voorgenomen huwelijk laat varen.

§ **66**. En is in dit geval, enz. Met dien verstande natuurlijk, dat hier geene bloedverwanten of aangehuwden moeten noch kunnen gehoord worden, om de eenvoudige reden, dat het kind die niet heeft, aangezien de betrekkingen, door de erkenning geboren, zich niet verder dan tot den vader of tot de moeder uitstrekken. Artt. 98, 335.

Stuiting des huwelijks.

§ **72**. Mitsgaders de kinderen. Voor deze uitbreiding van art. 172 *C. N.* kunnen twee zeer goede redenen gegeven worden: 1°. zijn het de kinderen, die door dat tweede huwelijk, na den echtgenoot, het meest benadeeld worden; 2°. zou het den kinderlijken eerbied wat al te ver te drijven zijn, indien men uit dien hoofde den kinderen het regt wilde ontzeggen, om hunnen

ouders het plegen van eene misdaad te beletten, die hen in het tuchthuis kan brengen, wat de *bigamie* is, art. 340 *C. P. a)*; en het kan niet dan heilzaam genoemd worden, die, zoo lang het nog tijd is, te voorkomen.

§ **73.** De *C. N.* had in art. 173 geene bepaalde redenen opgegeven, op grond waarvan een huwelijk door ouders of grootouders kon worden gestuit. De algemeene leer der schrijvers bragt dus te regt mede, dat zij dit doen konden wanneer zij wilden, TOULLIER, I, 584, DELVINCOURT, *Cours du C. C.*, I, p. 301 (*éd. Brux.*, 1827). In de *jurisprudentie* was het echter tevens uitgemaakt, dat de stuiting niet moest worden toegewezen, zoo zij niet gegrond was op een wettelijk beletsel tegen het voorgenomen huwelijk: *Arr. van het Hof van Cassatie*, *van den* 7[en] *November* 1815, aang. bij PALLIET, *ad* art. 173, noot 1 (*éd. Brux.* 1834). Zie ook een vonnis van den 7[den] Junij 1837, van de voormalige regtbank van eersten aanleg te Amsterdam, medegedeeld in het *Regt in Ned.*, I, 204—206. Onze wet is dus in dit opzigt vollediger en duidelijker; want waarom het middel van stuiting gegeven in gevallen waarin het volstrekt geen gevolg hebben kan? Het heeft dan geen doel, en zou ontaarden in plagerij en kwelzucht.

1°. Kan de moeder het huwelijk van haar minderjarig kind stuiten, op grond dat hare toestemming niet gevraagd is, volgens art. 92, al berust de vader er in? — Neen: 1°. geeft art. 116, n°. 1, dit regt alleen, als de vereischte toestemming niet bekomen is: *qui de uno dicit*, *de altero negat;* 2°. is de stuiting eene belemmering tegen het huwelijk, dat door de wet wordt aangemoedigd, en mag dus eene zoodanige belemmering niet worden aangevuld waar zij niet uitdrukkelijk in de wet geschreven staat; *odia restringenda;* 3°. is het voorname doel der stuiting, om het voltrekken van een huwelijk te beletten, dat naderhand zou kunnen nietig verklaard worden, en is het verzuim van het vragen der moederlijke toestemming geene reden van nietigheid,

---

a) Art. 237 1°. van het nieuwe Strafwetboek stelt hem die opzettelijk een tweede huwelijk aangaat, strafbaar met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren.

art. 146; 4°. zou men der moeder slechts eene nieuwe vernedering doen ondergaan, door haar het regt te geven om een huwelijk te stuiten, waartoe men hare toestemming niet gevraagd heeft, en dat toch later zonder die toestemming, en in weerwil van hare stuiting, zou kunnen voltrokken worden.

Als het kind meerderjarig is *a*).

2°. Het enkel voorgeven, dat één der aanstaande echtgenooten krankzinnig is, is niet genoeg; hij moet te dier zake onder curatele gesteld zijn, of ten minste moet de curatele gevraagd wezen.

4°. Volgens het nog geldend strafregt wordt onder misdaad alleen verstaan die strafbare daad, waartegen eene onteerende straf bedreigd is (art. 1 *C. P.*), en tot deze alleen moet het voorschrift van dit n°. 4 beperkt worden *b*).

6°. Het antwoord op de vraag, wanneer een huwelijk blijkbaar het ongeluk van het kind zal te weeg brengen, kan zeer moeijelijk en zeer onbestemd zijn. Dat ongeluk toch is zeer betrekkelijk, en niet allen zullen daaronder hetzelfde verstaan, maar de omstandigheden kunnen hier veel toe- of afdoen; want wat voor den één een ongeluk zou zijn, is het voor een ander dikwijls niet. De regter moet dit in ieder voorkomend geval beslissen.

§ **74**. Broeders, enz. *c*).

§ **75**. Deze bepaling komt in den *C. N.* niet voor. De *ratio legis* is, omdat de man er groot belang bij heeft, om de *confusio sanguinis* voor te komen. Zie boven ad § 57, 4, *g*.

---

a) In dit geval kan op grond van gemis van de bij art. 99 bedoelde toestemming en de tusschenkomst van den kantonregter, alleen door den vader of de moeder de stuiting gevraagd worden.

b) Bij invoering van het nieuwe Strafwetboek, dat geene onteerende straffen kent, zal deze bepaling gewijzigd moeten worden. Volgens art. 1 van het bij Kon. boodschap van 12 Febr. 1883 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal aanhangig gemaakte ontwerp van wet houdende *wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek* (zitting 1872—73, 152), zal de vader, of bij gebreke van dien, de moeder, het huwelijk kunnen stuiten, indien degene, waarmede hun kind in het huwelijk wil treden, uit hoofde van misdrijf waartegen eene vrijheidstraf met een maximum van ten minste drie jaren is bedreigd, vervolgd wordt, of wegens misdrijf tot eene vrijheidstraf van drie jaren of langer veroordeeld is.

c) De hier genoemde personen zijn echter alleen bij gebreke van ouders en grootouders, tot stuiting bevoegd.

§ **76.** Ook deze verpligting van het openbaar ministerie is nieuw, en vindt haren grond daarin dat het beter is een nietig huwelijk te voorkomen, dan het te vernietigen, als het gesloten is. In al de hier genoemde gevallen toch, behalve dat van art. 91. is het huwelijk nietig; en in de meesten daarvan kan de nietigheid door het openbaar ministerie worden gevorderd. Zie beneden ad § 90.

§ **77.** Maar welke is die gemeente waar het huwelijk moet worden voltrokken, als de aanstaande echtgenooten op twee verschillende plaatsen wonen, daar alsdan in beide die gemeenten de voltrekking kan plaats hebben? Art. 131.. Het antwoord op deze vraag vindt men in art. 802 W. van B. R. Het exploit van verzet namelijk moet inhouden eene keuze van woonplaats in de gemeente of gemeenten waar het huwelijk moet voltrokken worden (art. 801 *eod.*); en het staat vervolgens den aanlegger tot opheffing van het verzet vrij zijnen eisch te brengen bij ééne der regtbanken, onder welker ressort woonplaats gekozen is, naar zijne keuze. Het was juist de hier geopperde vraag, die tot de slotbepaling van het aangehaalde art. 802 aanleiding gaf. Zie VAN DEN HONERT, *Handb. voor de Burg. Regtsvord.*, ad § 802.

§ **78.** En, wanneer het huwelijk mogt zijn voltrokken vóór dat de stuiting is opgeheven, zal het geding ter zake dier stuiting kunnen worden voortgezet, en het huwelijk worden nietig verklaard, indien de eisch aan den opposant is toegewezen. — Doch wat heeft men te verstaan onder de uitdrukking, dat het huwelijk kan worden nietig verklaard? Beteekent dit, dat het *casu quo*, wanneer namelijk de eisch van stuiting is toegewezen, geheel aan het goedvinden van den regter wordt overgelaten, om het huwelijk al of niet te vernietigen? — Zeker niet. Heeft men daarmede willen zeggen, dat het huwelijk alleen zal vernietigd worden, indien de stuiting wordt toegewezen, uit hoofde eener reden, die eene regtsvordering tot nietigheid zou regtvaardigen? — Voor eene zoodanige beantwoording zou welligt pleiten de omstandigheid, dat het niet waarschijnlijk is, dat de wet een huwelijk zou willen vernietigd hebben, dat op zich zelven bestaanbaar is. alleen tot straf van hem, die des regters uitspraak over de stuiting niet

heeft afgewacht; — ware het niet dat uit de beraadslagingen bleek, dat juist zulk eene straf het doel der wet geweest is; en dat men de nietigheid van het huwelijk alleen heeft willen doen afhangen van den uitslag van het geding over de stuiting. De geheele bepaling zou ook anders overtollig zijn; want dat een huwelijk, dat eene nietigheid in zich bevat, kan vernietigd worden, sprak reeds van zelven, en behoefde hier niet bepaald te worden. Zie *Regtsg. Adv.*, I, 33—37 *a*).

§ **79.** Vergoeding van kosten, schaden en interessen. Men heeft uit deze woorden afgeleid, dat de hier uitgezonderde personen zelfs niet in de proceskosten kunnen veroordeeld worden. Dit zou zeker uiterst hard zijn; maar het is ook niet waarschijnlijk, dat de wet dit bedoeld heeft. Die uitdrukking is algemeen, en beteekent niets meer dan het Fransche *dommages et intérêts*. Zij komt meermalen voor in gevallen, waarin aan geene proceskosten te denken is. Men zie b. v. art. 113, en vele anderen. Onder kosten wordt hier niets anders verstaan dan die onkosten, welke de aanstaande echtgenooten door het lange tijdverzuim hebben moeten maken. Omtrent de proceskosten blijft de gewone regel bestaan: al wie bij vonnis wordt in het ongelijk gesteld, wordt veroordeeld in de kosten van het regtsgeding, art. 56 W. van B. R. *b*). Duidelijk wordt dit alles vooral bij de beschouwing van art. 1279, volgg., waarover zie beneden § 732.

§ **80.** Zie *Handl. tot het Wetb. van B. R.*, *Aant. ad* § 566, 567.

Voltrekking van het huwelijk.

§ **81.** 1°. De middelen tot aanvulling van de bedoelde akten zijn hier veel ruimer gesteld dan in den *C. N.*, die altijd eene akte van bekendheid, gehomologeerd door de regtbank, vorderde, in art. 70—72. De tegenwoordige bepaling is overgenomen uit eene bijna gelijkluidende voor de aanvulling der akten van overlijden

---

a) In gelijken zin DIEPHUIS, *N. B. R.*, D. IV, bl. 77 vlg. Anders OPZOOMER, *B. W.*, ad art. 125, § 2.

b) Behoudens 's regters bevoegdheid tot compensatie dier kosten in de aldaar aangeduide gevallen.

van ouders en grootouders, die hunne toestemming tot het huwelijk zouden moeten geven, vastgesteld bij een advies van den Franschen Staatsraad van 27 Messidor, 13de jaar, te vinden bij Locré, II, 148.

4°. Kan die akte van overlijden of van echtscheiding op dezelfde wijze worden aangevuld? Art. 127 en 128 behelzen eene uitzondering op het gemeene regt, die voor dat geval niet herhaald wordt: *quod contra rationem juris receptum est, non producendum est ad consequentias. L. 14 D. de legibus.* Er is bovendien eene goede reden voor dit onderscheid gegeven. Door de aanvulling der akten waarvan in n°. 1 gesproken is, kunnen nimmer derden worden benadeeld; zij heeft alleen kracht voor het aan te gane huwelijk. Maar hier zouden de regten van een derde, van den eersten echtgenoot, kunnen benadeeld worden.

De akte van echtscheiding *a*).

§ 82. Ten ware zij, enz. Het Fransche regt kende die uitzondering niet. Blijkens de verklaring van art. 134 door de regering op de bedenkingen der afdeelingen van de tweede kamer gegeven, en de uitlegging van Asser (§ 69, bl. 53—55), heeft men daarbij voornamelijk op het oog gehad, huwelijken tusschen iemand, die zich bevindt in de koloniën, en eene binnen het rijk wonende vrouw. En, ofschoon natuurlijk de koning alleen over het gewigt der bijgebragte redenen oordeelen zal, is het echter wenschelijk, dat die vergunningen niet veel verder zullen worden uitgestrekt, omdat die huwelijken *per procuratorem* tot vele schromelijke gevolgen kunnen aanleiding geven. De lastgever kan vóór het voltrekken van het huwelijk door zijnen gemagtigde, een ander huwelijk aangaan. In dat geval voorziet de slotbepaling van het artikel: eerstgemeld huwelijk wordt alsdan als niet geschied zijnde beschouwd: het is *ipso jure* nietig, zonder dat er eene regterlijke nietig-verklaring noodig is. Maar de lastgever kan ook om andere redenen zijne toestemming intrekken, en de gemagtigde, hiervan nog onkundig, echter na die intrekking het huwelijk voltrekken; wat dan? Naar de algemeene regelen over lastgeving

---

a) Of bij ontbinding des huwelijks na scheiding van tafel en bed, een afschrift van het daartoe strekkend vonnis. In geval van nietigverklaring van het vroeger huwelijk, zal ook hiervan het bewijs moeten worden overgelegd.

(art. 1852) kan die herroeping aan derden, die te goeder trouw met den lasthebber hebben gehandeld, niet worden tegengeworpen, en zou dus het huwelijk van kracht zijn; maar men moet niet uit het oog verliezen, dat de vrije toestemming op het oogenblik der voltrekking een volstrekt vereischte van het huwelijk is; het is dus in dat geval nietig, behoudens schadevergoeding voor de wederpartij, volgens art. 113. — De lastgever kan vóór de voltrekking gestorven zijn: ook dan moet men het er voor houden, dat er nooit een huwelijk bestaan heeft; hij kan na zijnen dood niet trouwen, en zijne erfgenamen kunnen voor hem niet, zoo als art. 1855 wil, de huwelijkspligten vervullen, daargelaten nog, dat het huwelijk niet is een gewoon burgerlijk contract. Dat was ook de uitdrukkelijke bepaling van art. 177 van het ontwerp van 1820 *a*). — En, wat hieruit van zelve volgt, is, dat er door het nietige huwelijk ook nooit eene huwelijksgemeenschap van goederen kan ontstaan zijn, die alleen het gevolg van een wettig huwelijk, en zonder huwelijk niet denkbaar is. Zie *Regtsg. Adv.*, III, 66—68.

§ **83**. De *Code Nap.* voorzag hierin niet; en het gevolg daarvan was, dat er geen ander middel overbleef dan om den ambtenaar te dagvaarden voor den gewonen regter, die dan *in contradictorio judicio* moest beslissen. Daargelaten echter, of dit *in abstracto* wel kon geacht worden te behooren tot de roeping van den burgerlijken regter, was het in ieder geval in hooge mate onbillijk den ambtenaar, die een moeijelijk, lastig en daarenboven onbezoldigd ambt uitoefent, te noodzaken zulke processen voor eigen rekening te voeren. De bepaling van dit artikel moet dienen om op eene meer doelmatige wijze in deze behoefte te voorzien. De bedoeling is natuurlijk niet, om den ambtenaar te veroordeelen tot het voltrekken van een huwelijk, wat ongerijmd en daaren-

---

a) Asser, *Hdl*, bl. 174 vlg., beweert, dat de lastgeving bedoeld bij art. 134 niet is te beschouwen als de lastgeving waarover de 17e titel van het 3e boek van het *B. W.* handelt, maar als een regtsinstituut sui generis, omdat deze betrekking heeft op het obligatieregt, gene op het familieregt. De gevallen die zich bij eene huwelijksvoltrekking bij gemagtigde kunnen voordoen, behooren dan beoordeeld te worden uitsluitend naar de bepalingen betreffende het aangaan van een huwelijk. Voor zooveel betreft de hierboven gestelde gevallen, komt Mr. Asser tot dezelfde slotsom als de Schr. der *Handl.*

boven onmogelijk zijn zou. De regter beslist eenvoudig of de bezwaren al of niet gegrond zijn; en, indien hij ze voor ongegrond verklaart, is de verantwoordelijkheid van den ambtenaar, die het huwelijk voltrok, gedekt. Het artikel spreekt voorts alleen over genoegzaamheid van stukken en verklaringen; maar de bedoeling is natuurlijk het toe te passen in alle gevallen, waarin, om welke reden ook, de voltrekking geweigerd wordt. Dat blijkt uit de toelichting der regering en uit de *ratio legis*, en er zou volstrekt geen reden van onderscheiding denkbaar zijn. — Zie verder *Weekbl.* n°. 2439.

§ **84.** Art. 165 *C. N.* had de vraag doen ontstaan, of het huwelijk, in een bijzonder huis gesloten, nietig was? — Bij ons is die vraag beslist; het huwelijk is in dat geval niet nietig; er kan alleen eene geldboete tegen den ambtenaar van den burgerlijken stand uitgesproken worden. Artt. 131, 137 *a*), 154. — Kunnen zij wier toestemming voor het huwelijk vereischt wordt, en die tot dat einde bij de voltrekking tegenwoordig zijn, tevens als getuigen worden toegelaten? — Ja, volgens een arrest van den hoogen raad van 11 April 1862, *Weekbl.* n°. 2371, en *Nieuwe Bijdr.*, XIII, 115 sqq., op grond hoofdzakelijk, dat de wet hen niet uitdrukkelijk uitsluit. Dit nu is zeker waar; maar de leer schijnt niettemin volkomen onhoudbaar. Nergens in de wet is het ook voor andere zaken, b. v. in burgerlijke of strafgedingen met ronde woorden verboden, dat de partijen als getuigen optreden in hare eigen zaken. Zal men dat nu toelaten? Het zou met hetzelfde regt kunnen beweerd worden. Men vergeet bovendien, dat de getuigen moeten dienen om feitelijk te constateren, dat aan alle vereischten der wet voldaan, en dus o. a. ook, dat de toestemming verkregen is van hen van wie de wet die vordert. Zie voorts *Weekbl.* n°. 2470 *b*).

In het huis der gemeente *c*).

---

a) Art. 465 van het nieuwe Strafwetboek.

b) Zie omtrent deze vraag — de litteratuur en de regtspraak vermeld bij ASSER, *Regtspr.*, ad art. 131, sub n°. 1.

c) In iedere gemeente moet de gelegenheid tot kostelooze huwelijksvoltrekking worden gegeven. Art. 4 der wet van 28 April 1879, *Stbl.* n°. 72.

Binnen het Koningrijk gevestigd beteekent hetzelfde als binnen het Koningrijk hunne woonplaats hebbende, in art. 20.

§ **85.** Ook deze uitzondering is nieuw; zij was in den *C. N.* na discussie, opzettelijk weggelaten, LOCRÉ, II, 46. Maar wie moet over het behoorlijk bewezene en het wettige der beletselen oordeelen? en welke zijn de wettige beletselen? Terwijl de wet hiertoe niemand anders aanwijst, moet men het er voor houden, dat de ambtenaar van den burgerlijken stand hier alleen regter is; doch deze zal echter in het oog moeten houden, dat de zoogenaamde huwelijken *in extremis*, of op het sterfbed gesloten, en wel bepaaldelijk om daardoor vroeger buiten echt verwekte kinderen te wettigen, de voornaamste aanleiding tot deze wetsbepaling hebben gegeven. Zie *Regtsg. Bijbl.*, III, 215, 216. Moeijelijker misschien is de vraag, of het huwelijk in een bijzonder huis niettemin moet voltrokken worden in het openbaar. Men kan zeggen, dat de wet waarschijnlijk niet zal bedoeld hebben, dat een burger, vooral in een geval als dit, waar wel in den regel moet gedacht worden aan ernstige ziekte, voor iedereen zijn huis moet openzetten. Dit intusschen mag *in abstracto* waar zijn, maar het bewijst niets voor de vraag *quid juris* naar de geschreven wet. Openbaarheid nu is naar art. 131 een eerste vereischte voor de huwelijksplegtigheid. En, ofschoon daarvan wordt gesproken in één en hetzelfde artikel, staat dat nogtans in geen noodzakelijk verband met het gemeente-huis als plaats der voltrekking, maar zijn dit integendeel twee afzonderlijke en op zich zelve staande vereischten. Van het tweede kan dispensatie verleend worden, omdat de wet dit uitdrukkelijk zegt; maar van het eerste niet, omdat geene wet dit toelaat *a*).

§ **86.** In art. 75 *C. N.* was aan den ambtenaar van den burgerlijken stand de verpligting opgelegd om aan de aanstaande echtgenooten het 6[de] Hoofdstuk van den 5[den] Titel *C. C.*, handelende over de wederzijdsche regten en verpligtingen der echtgenooten, voor te lezen, op grond dat, zoo als de eerste consul

---

a) Anders ASSER, *Hdl.* bl 174.

zeide, het billijk was dat, indien men de echtgenooten deed beloven de huwelijkspligten getrouwelijk te vervullen, men hun die ten minste deed kennen. Deze redenering echter vervalt, als men bedenkt, dat ieder geacht wordt de wetten te kennen, waaronder hij leeft, en dus ook de gevolgen van elke burgerlijke handeling, die hij verrigt. Minder gegrond is intusschen de aanmerking, die men daartegen heeft ingebragt, dat de plegtigheid der zaak niet moet ontluisterd worden door de voorlezing van eenige artikelen uit het Wetboek; want 1°. heeft die voorlezing niets ontluisterends; en 2°. is de burgerlijke voltrekking van het huwelijk toch meer droog dan plegtig. — Het is dan ook nog al opmerkelijk, dat de meeste ambtenaren van den burgerlijken stand, hoezeer onverpligt, toch gewoon zijn aan de echtgenooten den hoofdzakelijken inhoud dier artikelen mede te deelen. En verboden is dit zeker niet.

Huwelijken buiten 's lands voltrokken.

§ **87.** 1°. Hetgeen hier geleerd wordt, is een natuurlijk gevolg van art. 6 en 10 *Alg. Bep.*, en van den regel: *locus regit actum.*

2°. Ofschoon het nalaten van die afkondigingen in het algemeen de nietigheid van het huwelijk niet ten gevolge heeft (art. 154 *j°.* art. 107), zoo lijdt dit, met betrekking tot huwelijken in een vreemd land aangegaan, uitzondering. Art. 138 toch zegt: de huwelijken in een vreemd land aangegaan — zijn van waarde — MITS de huwelijksafkondigingen hebben plaats gehad. Bij gebreke hiervan, zijn zij dus niet van waarde, en de reden is, omdat juist de afkondigingen het eenige middel zijn, om aan die huwelijken eenige openbaarheid te geven, en hen, die daartoe het regt hebben, in de gelegenheid te stellen, om die te stuiten. Dat dit ook de bedoeling der wet is, blijkt ten overvloede uit de verklaring van art 154, door de regering gegeven. Dit moest ook wel zoo zijn, wilde men het gebod niet door allen straffeloos zien overtreden, omdat men bij die huwelijken den eenigen waarborg voor zijne nakoming mist, namelijk de strafbepaling van art. 137 tegen den ambtenaar van den burgerlijken stand; en dat te meer nog bij ons, waar men de geldboete, door art. 192 *C. N.*,

tegen de partijen in geval van overtreding uitgesproken, niet terugvindt. Te vergeefs voert men hiertegen aan, dat het verzuim der afkondiging in Afd. 6 van dezen Titel, niet onder de redenen van nietigheid wordt opgenoemd; want, èn uit de letter van art. 138, èn meer nog uit de juiste en regtskundige uitlegging daarvan door de regering gegeven, blijkt overvloedig, dat ook in waarheid een huwelijk buiten 's lands gesloten, en niet in Nederland afgekondigd, niet n i e t i g is, maar dat het g e e n h u w e l ij k is; dat er dus in de 6[de] Afd. van kon noch moest gesproken worden, omdat deze alleen handelt over de gevallen, waarin eene nietig-verklaring te pas komt, en omdat iets, wat niet bestaat, noch behoeft noch kan vernietigd worden. Zie voorts arrest van den hoogen raad van 11 Januarij 1850, *Weekbl.* n°. 1139, en 22 Februarij 1850, VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XI, 253 sqq. Anders echter *Opm. en Meded. betr. het Ned. B. R.*, XVI, 38, 177; terwijl ook de hooge raad op zijne vroegere leer is teruggekomen bij een arrest van 31 Mei 1872, VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXVII, 202—213, op grond dat uit art. 138 alleen zou volgen, dat een niet-afgekondigd huwelijk in het buitenland voltrokken, ten opzigte der personen en goederen der echtgenooten niet zou hebben dezelfde regtsgevolgen als het huwelijk hier te lande, volgens de voorschriften van het B. W. voltrokken. Dat intusschen zegt het artikel niet. Het zegt alleen dat het huwelijk niet van waarde is, als het niet is afgekondigd. Maar bovendien, welke regtsgevolgen zullen die huwelijken dan wel, en welke zullen zij niet hebben? Of bedoelt de hooge raad, dat het huwelijk wel b e s t a a t, maar met betrekking tot de personen en goederen der echtgenooten geene regtsgevolgen heeft. Maar wat is dan het verschil? En wat is een huwelijk zonder regtsgevolgen? *a*) — De ambtenaar van den

---

a) In gelijken zin besliste de hooge raad bij arrest van 7 Dec. 1877, *W.* n°. 4191, dat art. 140 ook van toepassing is op huwelijken in den vreemde gesloten, en dat derhalve zoodanig huwelijk, bij gebrek van afkondiging hier te lande, niet *eo ipso* als niet bestaande is aan te merken. Bij arr. v. 26 Julij 1878, *W.* n°. 4282, besliste de hooge raad nogmaals in denzelfden zin.

DIEPHUIS, *N. B. R.*, D. IV, 152—156, leert dat het huwelijk, in weer-

burgerlijken stand, die zoodanig huwelijk in zijne registers inschrijft, zou de straf van art. 137 niet ontgaan, zonder dat nogtans het huwelijk daardoor geldig zou worden. Zie VOORDUIN, bl. 271, 272 *b*).

§ **88**. Het verzuim hiervan maakt echter het huwelijk niet nietig; de wet spreekt die nietigheid nergens uit. De inschrijving kan dus ook later geschieden. Sommige Fransche schrijvers leiden uit de bepaling van art. 171 *C. N.*, met ons artikel overeenkomende, echter af, dat in dat geval het huwelijk vóór de inschrijving niet aan derden kan worden tegengeworpen; doch die leer wordt op goede gronden bestreden in de *Revue* van FOELIX, 1844, I, 885—899. De wet toch spreekt noch deze, noch eenige andere straf uit, en de regter is niet geroepen om straffen buiten de wet te scheppen; terwijl het art. zelf bewijst, dat de wet wel degelijk het wettig bestaan van het huwelijk ook tegen derden erkent, zonder, immers, vóór de inschrijving. Die inschrijving behoeft toch slechts te geschieden een jaar na de terugkomst der echtgenooten in Nederland, en het huwelijk heeft zijn volkomen wettig bestaan, in Nederland en tegen derden, zoo wel gedurende dat jaar, als gedurende al den tijd dat de echtgenooten in het buitenland verblijven. Maar ofschoon dan nu het bevel van inschrijving in de wet zonder eenige pénale sanctie is, vordert juist het eigenbelang der echtgenooten die inschrijving gebiedend, omdat deze zich anders, wanneer zij van het bestaan van hun huwelijk moeten doen blijken, blootstellen aan allerlei

---

wil van het verzuim, voor geene vernietiging vatbaar, dus van waarde is. De nietigheid van regtswege daarentegen vindt een krachtig verdediger in Mr. TH. HEEMSKERK, in zijn uitmuntend academisch proefschrift: „Over huwelijken van Nederlanders buiten 's lands", 's Gravenhage 1876, bl. 65 vlg., aangekondigd en voor zooveel de hier behandelde quaestie betreft, bestreden in *Themis*, jg. 1877, bl. 152—157, door Mr. M. TH. GOUDSMIT. — Zie ook nog over deze strijdvraag het academisch proefschrift van W. B. A. DONKER CURTIUS, „de nietigheid des huwelijks", en *N. Bijdr. v. Regtsgel. en Wetg.*, jg. 1881, bl. 69—79.

b) De afkondigingen zijn ten aanzien van huwelijken door Nederlanders in een vreemd land ten overstaan van den consulairen ambtenaar gesloten, niet verpligtend, wanneer de echtgenooten geen woonplaats hebben, noch gedurende de laatste zes maanden gehad hebben binnen het Rijk, art. 13 der wet van 25 Julij 1871, *Stbl.* n°. 91.

moeijelijkheden en chicanes; en juist daarin is dan ook de zekerste waarborg gelegen voor de nakoming van het bevel.

Nietigheid.

§ **89**. De regtsgeleerden onderscheiden twee soorten van nietigheid, de volstrekte (*absolute*) en de betrekkelijke of voorwaardelijke (*relatieve*). De eerste is die, welke voornamelijk in het belang van de openbare orde en goede zeden is bedreigd, en die alleen bij gevolgtrekking de bijzondere belangen der burgers op het oog heeft, *quae primario spectat rem publicam;* de tweede, daarentegen, is in de eerste plaats ten behoeve van zekere bepaalde personen, de contracterende of andere, ingevoerd, en bij haar komt alleen, in zoo verre als de maatschappij bij de handhaving der regten van al hare leden belang heeft, en dus *secundario*, het belang van den staat in aanmerking, *primario spectat commoda privatorum.* De betrekkelijke nietigheid kan alleen worden ingeroepen door hen, ten wier behoeve zij bij de wet wordt uitgesproken, en wordt alzoo door hare uitdrukkelijke of stilzwijgende bekrachtiging (*ratihabitio*) gedekt. De handelingen, die volstrekt nietig zijn, daarentegen, kunnen bovendien door den staat zelven, dat is, door het openbaar ministerie, worden aangevallen, en zij kunnen noch door de overeenkomst noch door het stilzwijgen der belanghebbenden, bekrachtigd worden: *privatorum conventio juri publico non derogat. L.* 45 § I, *de R. J.*, Art. 14 *Alg. Bep.* Deze algemeene beginselen gelden ook omtrent het huwelijk. PERRIN, *Traité des nullités de droit en matière civile*, p. 52—93; TOULLIER, I, 605—607; DELVINCOURT, I, 391 en volgg., enz. Zie ook VON SAVIGNY, *Vom Beruf*, 69—73. Ook in de gevolgen zijn beide soorten van nietigheid verschillend, en zoo zou, naar de algemeene regels, het huwelijk, waarin eene volstrekte nietigheid begaan is, *ipso jure* nietig zijn, zoodanig, dat men die nietigheid zelfs bij wijze van exceptie kon inroepen; een betrekkelijk nietig huwelijk daarentegen blijven bestaan tot de belanghebbende zijnen wil, om van zijn regt gebruik te maken, had aan den dag gelegd, en de nietigheid door den regter had doen uitspreken. Men vindt die

leer vrij breedvoerig en leerstellig ontwikkeld in het ontwerp van 1820, artt. 189—217. Men heeft echter ingezien, dat die onderscheiding (wat namelijk dat gevolg betreft) in de toepassing groote moeijelijkheden opleverde, en dat het erkennen van huwelijken, die, zoo lang zij *facto* bestaan, *jure* nietig zouden zijn, voor de rust der huisgezinnen en voor de maatschappij zelfs gevaarlijk is. Men is daarom tot het beginsel van het Fransche regt teruggekeerd, dat leert, dat ieder huwelijk regtens van waarde is, zoo lang de nietigheid daarvan niet is uitgesproken; dat geen huwelijk *ipso jure* nietig is, maar dat, ook in het geval van volstrekte nietigheid er altijd eene *sententia judicis declaratoria* moet voorafgaan, om zich daarop te kunnen beroepen. Dat is de geest en de bedoeling van art. 140. Die regel kent nogtans eenige uitzonderingen; wij hebben daarvan voorbeelden gezien boven *ad* § 82 en 87.

§ **90.** 1°. De *bigamie* is eene misdaad, en de staat heeft er belang bij die te doen ophouden en straffen; het tweede huwelijk is daarom volstrekt nietig. De vroegere echtgenoot kan die nietigheid, zoo lang die beide echtgenooten in leven zijn, doen uitspreken, *arg. a contr.*, art. 148. De kinderen echter, uit het vroeger huwelijk geboren, kunnen haar niet vragen. Indien de wet dit gewild had, zou zij die kinderen uitdrukkelijk hebben genoemd, gelijk in art. 115. Zij heeft dit niet gedaan, omdat de reden, waarom hun het regt van stuiting wordt toegekend (zie boven, *ad* § 72), hier niet meer bestaat. Wel verre toch van een nog niet volbragt kwaad te voorkomen, zouden zij daardoor juist de misdaad hunner ouders aan den dag brengen, en de eerste aanleiding geven tot de straf, die deze zouden moeten ondergaan. Dit zou strijden zoo wel tegen de kinderlijke liefde en eerbied, als tegen de goede zeden.

2°. De toestemming wordt alleen in het belang der echtgenooten gevorderd. Zij wordt dus aangevuld door hunne bekrachtiging, die de wet vooronderstelt na eene aanhoudende zamenwoning van drie maanden, sedert dat de echtgenoot zijne volkomen vrijheid heeft terug bekomen, of de dwaling door hem ontdekt is. Art. 142. Wanneer de vrije toestemming van één der echtge-

nooten ontbreekt, kan die nietigheid alleen worden ingeroepen door hem, niet door den anderen echtgenoot, die vrijelijk heeft toegestemd. De redactie der artt. 142 en 143 maakt iederen twijfel onmogelijk. De woorden of door dengene van hen, wiens toestemming niet is vrij geweest, in het eerste lid van het art., zouden anders niets beteekenen; en het tweede lid van het art., dat alleen den echtgenoot, die in dwaling geweest is, het regt geeft, om, op dien grond, de vernietiging van het huwelijk te vragen, is beslissend. Zie MERLIN, *Rép.* in voce *Mariage*, VI, 2; TOULLIER, I, 609; DURANTON, I, 269, 270 enz.

3°. Is deze nietigheid volstrekt of betrekkelijk? Men moet onderscheiden. Het huwelijk is volstrekt nietig, zoo lang de krankzinnigheid voortduurt, en de bloedverwanten van den *curandus* mogen zoo lang voor zijne belangen waken, door zijn huwelijk nietig te doen verklaren. Datzelfde regt wordt ook gegeven aan het openbaar ministerie, dat geroepen is om toe te zien, dat de regten niet gekrenkt worden van hem, die ze niet in persoon kan beschermen. Anders is het, nadat deze in het volle genot zijner verstandelijke vermogens hersteld is. Dan ontbreekt er niets meer aan het huwelijk dan zijne toestemming; hij alleen kan zich op dat gebrek beroepen, en hij kan daarin berusten, en wordt geacht dit stilzwijgend te doen door eene zamenwoning van zes maanden. Art. 143.

4°. Ofschoon ook de ouderdom van 16 en 18 jaren, om een huwelijk aan te gaan, voornamelijk *in favorem conjugum* gevorderd wordt, heeft de staat er echter belang bij, dat kinderen, tot de voortteling ongeschikt en onbekwaam om een huisgezin te besturen, niet als man en vrouw te zamen leven. Die nietigheid is dus, zoo zij bestaat, volstrekt, en kan door het openbaar ministerie worden ingeroepen. Doch zij houdt op te bestaan: 1°. als de echtgenooten op den dag der regtsvordering den vereischten ouderdom hebben bereikt, omdat alsdan de reden heeft opgehouden te bestaan, en 2°. als de vrouw, den vereischten ouderdom niet hebbende bereikt, vóór dien dag zwanger is; het verbod berust vooral op de vooronderstelling, dat zij tot de voortteling onbekwaam is; maar wanneer nu het tegendeel blijkt, dan

geldt de regel: *praesumtio cedit veritati.* Art. 144. Zie ook boven *ad* § 57, 3°., *a*).

De ouders kunnen in geen geval tegen een zoodanig huwelijk opkomen: òf zij hebben hunne toestemming er toe gegeven, en dan kunnen zij tegen hunne eigen daad niet opkomen; òf zij hebben die geweigerd, en dan kunnen zij uit dien hoofde het huwelijk aanvallen. Art. 146.

5°. De bloedschendige en overspelige huwelijken, en die tusschen echtgenooten, wier vroeger huwelijk door echtscheiding is ontbonden, aangegaan, kwetsen de openbare orde en de goede zeden. De nietigheid daarvan kan door geene bekrachtiging, hoe ook genaamd, gedekt worden.

6°. De nietigheid kan niet, zoo als in art. 182 *C. N.*, worden ingeroepen door den echtgenoot, die deze toestemming noodig had. Deze verandering laat zich slechts dan verklaren, indien men aanneemt, dat de toestemming alleen *in gratiam parentum* gevorderd wordt. Dit klinkt zeker wel wat vreemd, als men bedenkt, dat bij het huwelijk toch wel vooral het belang der echtgenooten moet op den voorgrond staan, en er valt alsdan moeijelijk eene reden te geven, waarom ook somtijds de toestemming van den kantonregter gevorderd wordt (artt. 95, 98). Zoodanig is echter de bedoeling der wet, en de wetgever heeft dit uitdrukkelijk als *ratio juris* van art. 146 opgegeven, Asser, bl. 62; Voorduin, II, 259.

Kan de moeder de nietigheid inroepen, op grond dat hare toestemming niet gevraagd is, volgens art. 92, als de vader de zijne gegeven heeft? Neen, *odia restringenda.* Het artikel geeft dat regt alleen aan hen, wier toestemming noodzakelijk was. Zie verder boven, *ad* § 73. 1°.

Of verhoor, enz. Wordt hier alleen bedoeld de voogd en de toeziende voogd, of ook de bloedverwanten en aangehuwden, wier verhoor, volgens art. 95, noodzakelijk is? De eersten worden alleen bedoeld: het eerste gedeelte van het artikel spreekt alleen van hen, en de laatsten zijn zeer zeker niet beleedigd geworden

a) Is het daarentegen de man, die den vereischten ouderdom mist, dan zal de zwangerschap der vrouw de vordering tot nietigverklaring niet in den weg staan.

door het verzuim van een verhoor, dat alleen *in gratiam conjugum* vereischt wordt.

7°. Al wat tot den vorm behoort, moet in het belang der maatschappij worden nagekomen. Het verwaarloozen daarvan brengt de volstrekte nietigheid der handeling mede, gelijk ook hier het geval is; de echtgenooten alleen zijn in het geval der slotbepaling van art. 147 niet ontvankelijk, om zich op dat gebrek te beroepen.

Ten overstaan van den bevoegden ambtenaar en van het vereischte getal getuigen. Men moet hieruit niet opmaken, dat beide omstandigheden moeten ontbreken, om het huwelijk nietig te doen verklaren. Een van beiden is genoeg: 1°. worden de woordjes en en of in de wetten meermalen verwisseld; 2°. kan, volgens het tweede lid van art. 147, een huwelijk zelfs nietig verklaard worden, als een gebrek in de hoedanigheid der getuigen plaats heeft, b. v. als één hunner slechts 22 jaren telt, of een vreemdeling is: *a fortiori* dus in één der hier bedoelde gevallen.

Den bevoegden ambtenaar *a*).

Men merke in het algemeen nog op, dat het openbaar ministerie nimmer de nietigheid kan vragen van een huwelijk, dat reeds ontbonden is, art. 149, en dat wel, omdat alsdan de staat daarbij geen belang meer heeft. Met de ontbinding van het huwelijk toch heeft alle openbare ergernis opgehouden. Anders is het gelegen met de belanghebbenden, waarvan in artt. 141, 145, 147 gesproken wordt: dezen krijgen doorgaans eerst na de ontbinding belang bij de zaak. Zij kunnen hunne vordering tot nietigverklaring niet instellen, ten zij: 1°. één der echtgenooten overleden zij; 2°. zij een verkregen en dadelijk belang hebben. Art. 148.

§ 91. Het is genoeg, dat de goede trouw tijdens het aangaan van het huwelijk bestaan heeft, onverschillig of de echtgenooten

---

a) Hier wordt bedoeld het geval dat de ambtenaar van den burgerlijken stand, ten wiens overstaan het huwelijk is voltrokken, daartoe onbevoegd was, omdat b. v. geen van beide partijen in zijne gemeente woonde. Is het huwelijk daarentegen voltrokken door iemand die die hoedanigheid niet bezat, dan heeft eene op eene huwelijksvoltrekking gelijkende handeling plaats gehad, maar in den zin der wet is geen huwelijk gesloten, kan er dus geen sprake zijn van een voor nietigverklaring vatbaar huwelijk. Anders een hoofdartikel in *W.* n°. 4579, dat echter bestreden wordt door H. VAN MANEN in *W.* n°. 4590.

later kennis hebben gekregen van de reden eener nietigheid: wanneer het te goeder trouw is aangegaan, zegt art. 150. Art. 244 van het Ontwerp van 1820 legde aan den echtgenoot, die beweerde in de goede trouw geweest te zijn, de verpligting op, om dit te bewijzen; doch daar deze bepaling in het wetboek niet is opgenomen, mag men het er voor houden, dat hier, gelijk elders (zie b. v. artt. 589, 2002), de goede trouw voorondersteld wordt, en de kwade trouw moet bewezen worden door hem, die zich daarop beroept, *quoniam unusquisque bonus habetur, donec malus probetur.*

Worden de natuurlijke kinderen door het *matrimonium putativum* gewettigd? *a*) Deze vraag bestond in het Fransche regt, en is bij ons niet beslist. Het schijnt nogtans, dat de regel *favores ampliandi* hier zijne toepassing vindt, en het zou ook al te hard zijn, de onschuldige kinderen voor eene dwaling hunner ouders te doen boeten; de kinderen worden van regtswege door het opvolgend huwelijk hunner ouders gewettigd, en zij verkrijgen daardoor dezelfde regten, alsof zij sedert het huwelijk waren geboren, artt. 327, 332. Onder die rechten behoort ook, dat zij voor wettig gehouden worden, al is dat huwelijk nietig, art. 150. En daartegen kan niet worden ingebragt, dat art. 151 spreekt van kinderen uit het huwelijk gesproten; want 1°. zou men met evenveel regt kunnen redeneren uit art. 150, waar die woorden niet te lezen staan *b*); en 2°. moeten die kinderen regtens, *fictione legis* namelijk, volgens art. 332, wel degelijk geacht worden uit het huwelijk gesproten te zijn. Men kan dit echter niet uitstrekken tot overspelige en bloedschendige kinderen, doch alleen niet, omdat dezen niet kunnen worden erkend, art. 338, en omdat de erkenning aan de wettiging altijd moet voorafgaan, zoodat zij zelfs door een geldig huwelijk niet kunnen gewettigd worden, art. 327. Maar deze uitzondering bevestigt

a) Zie omtrent het begrip van het zoogenaamde putatieve huwelijk, DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 138 en 139.

b) Uit dit verschil tusschen art. 150 en 151 leidt DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 141—143 af, dat wel in het geval van art. 150, maar niet in dat van art. 151 de vroeger geboren kinderen door het huwelijk worden gewettigd.

juist den regel. Zie DELV., I, 365—369; DURANTON, *Cours de Dr. Fr.*, I, n°. 334—336. Anders POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, n°. 416.

Als van de kinderen. *a*).

Bewijs.

§ **93**. 2°. In allen gevalle moet het bewijs door getuigen of door bescheiden, dat er geene registers hebben bestaan of dat deze zijn verloren gegaan, voorafgaan. Art. 26. Zie boven, ad § 14; terwijl het bewijs van het ontbreken der trouwakte in de bestaande registers, het bestaan van die akte, en mitsdien van het huwelijk, van zelven insluit *b*). De regter kan, als er een uiterlijk bezit van staat aanwezig is, ter vervanging van de akte, alle zoodanige middelen van bewijs toelaten, als hij ter ontdekking van de waarheid dienstig oordeelt, als brieven, getuigen, enz. Het ontwerp van 1820 wees daartoe, in art. 868, voornamelijk aan aanteekeningen, herkomstig van reeds overleden ouders, kinderen of echtgenooten der personen, over wier huwelijk twijfel of verschil is. Maar men heeft deze woorden uit het wetboek weggelaten, omdat men daardoor ligtelijk op het denkbeeld zou komen. dat andere bewijsmiddelen werden uitgesloten.

---

a) Dit is echter niet het geval als het huwelijk, door beide echtgenooten te kwader trouw is aangegaan; zij moeten alsdan als natuurlijke kinderen beschouwd worden.

b) Deze opvatting moge steun vinden in eene letterlijke opvatting van art 156, zij schijnt mij echter niet juist. Door de woorden „of ook dat de huwelijks-akte daaraan ontbreekt", in art. 156 voorkomende, wordt bedoeld het geval dat in het huwelijksregister een of meerdere akten ontbreken, die verleden moeten zijn omstreeks het tijdstip waarop men beweert dat het huwelijk gesloten is, b. v. doordien op de plaats, waar zij moesten voorkomen, een of meerdere bladen aan het register ontbreken. Daaruit volgt dan wel, dat er meerdere huwelijksakten zijn geweest, maar nog niet dat daartoe ook behoort de akte van de huwelijksvoltrekking, waarop men zich beroept. Het bestaan van dat huwelijk zal dan nog van elders bewezen moeten worden.

TITEL VI.

VAN DE REGTEN EN VERPLIGTINGEN DER ECHTGENOOTEN.

(Artt. 158—173. EERSTE GEDEELTE, § 94—101, bl. 60—62.)

Geschriften: ASSER, 67—72; VOORDUIN, II, 278—291; VAN DER VOORT, I, I, 132—146; DIEPHUIS, I, 265—296; OPZOOMER, I, 67—77; OPZOOMER, *B. R.*, I, 183—207; DIEPHUIS, *N. B. R.*, IV, 159—221; ASSER, *Handl.*, I, 194—206; SASSEN, 214—251; DONKER CURTIUS, 67—88; *Regtsgeleerde Bijdragen*, IV, 509—511; L. ASSER, *Diss.*, 35—41; L. W. DULL, *Diss. de conjugum juribus obligationibusque quatenus ad ipsorum personas referuntur*, Gron. 1840; J. B. NOORDENDORP, *Diss. ad tit.* VI, *libri* I, *Cod. C. Neerl.*, L. B. 1853.

§ **94.** Niet geheel ongegrond is de aanmerking, die meermalen is in het midden gebragt, dat deze voorschriften, overgenomen uit artt. 212 en 213 *C. N.*, eigenlijk meer zedekundige voorschriften dan wettelijke bepalingen zijn, en dat het uiterst moeijelijk, zoo niet onmogelijk zou wezen, daarvan in regten de regtstreeksche uitvoering te vorderen. De wet geeft die dan ook slechts als algemeene beginselen, en als de bron, waaruit al de beschikkingen omtrent de regten en pligten der echtgenooten zijn voortgevloeid; en als een leiddraad bij hunne uitlegging te volgen. Dat zij zonder eenig nadeel wel zouden kunnen gemist worden, is eene niet wel te ontkennen waarheid.

§ **95.** Men verwarre dit niet met de bepalingen van den volgenden Titel, over het onderhoud door ouders aan kinderen te verleenen. Art. 159 is nieuw, en komt in den *C. N.* niet voor. De zin is, dat de echtgenooten wederkeerig en jegens elkander de verpligting aangaan, om ieder naar zijn vermogen in de kosten van het onderhoud en van de opvoeding der kinderen te helpen dragen, zoodat de man daartoe eene actie heeft tegen de vrouw, en omgekeerd.

§ **96.** Maar hoe, indien de vrouw weigert met haren man te

wonen? geeft dit dezen laatste slechts eene actie tot schadevergoeding, te verhalen op hare goederen? of kan hij haar tot de zamenwoning door middel van lijfsdwang noodzaken? Vele Fransche schrijvers beweren het laatste, doch dit is niet aan te nemen. In het W. van B. R. worden al de gevallen, waarin lijfsdwang kan worden uitgesproken, opgenoemd; maar dit geval is daaronder niet te vinden. De lijfsdwang is een buitengewoon middel, dat niet mag uitgestrekt worden buiten de gevallen, waarin het door de wet wordt toegelaten. De verpligting tot zamenwoning is eene *obligatio faciendi*, en de algemeene regel van art. 1275 is daarop van toepassing *a*). Men zegge niet, dat op deze wijze het voorname doel van het huwelijk *illusoir* zou worden en verloren gaan, want dit is eene redenering *de jure constituendo* en niet *de jure constituto*, en men zou daartegen met evenveel grond kunnen aanvoeren, dat er weinig heils te voorzien is uit eene zamenwoning, nadat de man zijne vrouw met geweld, of door middel der politie of der krijgsmagt in zijn huis heeft doen voeren. Zie meer *Regtsg. Adv.*, I, 37—39; *Opm. en Meded.*, VI, 103—120, en een arrest van het hof in Zuidholland van 16 Jan. 1850, in *Weekbl.* n°. 1097.

Moet de vrouw haren man ook volgen. indien deze zich, zonder gegronde redenen, buiten 's lands nederzet? Ja. Wel is waar, in enkele gevallen, zou hier misschien aan kwaadwillige verlating te denken zijn, die voor de vrouw gegronde reden tot echtscheiding oplevert, art. 264; maar dat neemt niet weg, dat het huwelijk bestaat, zoo lang de vrouw van dat middel geen gebruik heeft gemaakt, en het dus niet ontbonden is, en tot zoo lang dus is art. 161 voor haar verbindende. Zie meer hierover *Revue*, FOELIX, 1843, II, 447 volgg.

§ 97. Elke vereeniging van twee of meer personen moet een hoofd hebben, en in de echtvereeniging moet de man, die de

---

a) Zie in tegenovergestelden zin ASSER, *Handl.* bl. 194, die eene scherpe grens trekt tusschen familie- en vermogensregt, en op dien grond in het algemeen de bepalingen van het derde boek van het *B. W.* op het niet nakomen der huwelijkspligten niet toepasselijk acht, dus ook geene vordering tot schadevergoeding krachtens de artt. 1275 vlg. of 1401 vlg. toekent.

sterkste naar geest en naar ligchaam is, noodzakelijk dat hoofd zijn *a*).

1°. Onverschillig of dit wegens misdaad, wanbedrijf of overtreding is; allen zijn strafzaken, en het is ook juist om allen daarin te begrijpen, dat men dit algemeene woord gekozen heeft. De openbare orde vordert, dat alle misdrijven, van welken aard ook, gestraft worden, en het kan niet aan de willekeur van den man overgelaten worden, of hij de toepassing der strafwet tegen zijne vrouw wil toestaan of niet. Maar wat, als de vrouw tegen een bij verstek gewezen vonnis van den strafregter wil in verzet komen? Ook daartoe heeft zij den bijstand van haren man niet noodig. Te vergeefs toch zegt men, dat zij door dat verzet zelve eene regtsvordering instelt voor den strafregter. De zaak toch blijft, bij de beoordeeling van dat verzet, dezelfde strafzaak. Door het verzet wordt geene nieuwe vordering aanhangig gemaakt, maar alleen het door het openbaar ministerie aangevangen geding voortgezet, en de vrouw, ofschoon opposante, houdt niet op beklaagde en vervolgde partij te zijn. Hetzelfde is waar, indien de vrouw tegen een contradictoir vonnis in hooger beroep of tegen een eindvonnis in cassatie wil komen; ook daartoe is derhalve de magtiging van den man niet noodig.

2°. In deze drie gevallen heeft de man niet alleen een tegenstrijdig belang met dat zijner vrouw, maar hij staat zelfs als wederpartij tegen haar over. Hij zou dus die toestemming, als zij gevorderd werd, wel altijd weigeren, en in de weinige gevallen, waarin hij dit niet deed, zou dit moeten worden aangemerkt als collusie tusschen beiden, om, het zij hun huwelijk of de zamenwoning te doen ophouden, het zij hunne huwelijksche voorwaarden na het huwelijk, in strijd met art. 204, te veranderen.

Uit eene vergelijking van artt. 166 en 169 volgt, dat de vrouw, in die gevallen, zelfs de magtiging van den regter niet behoeft; anders toch zouden zij reeds in dit laatste artikel begrepen, en dus de beschikking van het eerste overtollig zijn.

---

a) Niet algemeen wordt die noodzakelijkheid erkend. Zie *Hand. der Ned. Juristen-Vereeniging*, 1882, I, 33—97 passim, en II, 5—77 passim.

3°. Afwezig moet hier in de gewone beteekenis van niet tegenwoordig, en niet in de wettelijke van Titel XIX van dit Boek verstaan worden.

Andere redenen, b. v. als hij onder curatele is, in welk geval hij met den minderjarige gelijk gesteld wordt, en dus zijne eigen zaken niet behartigen kan, en bij gevolg evenmin die zijner vrouw, art. 506 *a*).

§ **99.** Van goederen gescheiden, behoudens dat zij, in dat geval, eene algemeene bewilliging van den regter kan bekomen, om over hare roerende goederen te beschikken, art. 249. En hiermede is de strijd, die er bestond tusschen art. 217 en 1449 *C. N.*, uit den weg geruimd. Het eerste dezer artikelen was gelijkluidend aan het onze; maar het tweede gaf aan de vrouw, na de scheiding van goederen, de bevoegdheid om hare roerende goederen te vervreemden.

§ **100.** 1°. Overgenomen uit DE GROOT, *Inl.*, I, 5, 23, en art. 228 van het Ontwerp van 1820. In iedere goede echtvereeniging wordt de zorg voor de dagelijksche huishouding aan de vrouw overgelaten, en kan de man, die doorgaans gewigtiger bezigheden heeft, zich daarmede niet bemoeijen. Zoo was dit ook onder het beheer van den *C. N.*, waarin die bepaling niet voorkwam, stilzwijgend aangenomen. Doch daar dit vermogen der vrouw slechts op eene stilzwijgende magtiging van den man, en dus op een vermoeden berust, zou de vraag kunnen ontstaan, of de man tot het bewijs van het tegendeel kan worden toegelaten? Het schijnt intusschen, dat dit vermoeden eene *praesumtio juris et de jure* is; anders zouden derden te dikwijls misleid worden. De zaak is te minder gevaarlijk, daar de man uit dien hoofde nimmer wegens bovenmatige verteringen kan verbonden worden. Zie nog G. MATTHES, *Diss. de conditione civili mulieris nuptae Neerlandae*, L. B. 1839, p. 24—26. Art. 164 spreekt alleen van de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding. — Eene andere vraag is het, of de man die toestemming kan intrekken? DE GROOT, t. a. p., zegt ja, en het schijnt ook, dat

---

a) Art. 798 *W. v. Burg. Regtsv.* noemt dit geval uitdrukkelijk.

aan den man, die de toestemming geeft, moeijelijk het regt kan betwist worden, om die weder in te trekken, mits hij die intrekking, om haar tegen derden te kunnen inroepen, openlijk bekend make. Men kan dit zelfs bij analogie opmaken uit art. 168. MITTERMAIJER, in de *Revue de législ.* van WOLOWSKI, IX, 93, noemt de bepaling van art. 164 eene wijze bepaling.

2°. Deze uitzondering was in het belang van den handel noodig; de vrouw, die voor elke daartoe betrekkelijke handeling de toestemming van haren man moest vragen, zou dien niet kunnen uitoefenen. Onder koopvrouw verstaat de wet haar, die daden van koophandel uitoefent en daarvan haar gewoon beroep maakt, art. 2 Wetb. van Kooph. Wat daden van koophandel zijn, zie aldaar artt. 3, 4. Openbare koopvrouw is de vrouw dàn, wanneer zij afzonderlijk van haren man koopmanschap drijft, art. 168. Datzelfde artikel voegt er bij, dat die handelingen ook den man verbinden, indien er gemeenschap van goederen bestaat. Beteekent dit, dat slechts de goederen der gemeenschap en die van den man voor die handelingen aansprakelijk zijn? of ook zijn persoon, zoodat hij daarvoor aan den lijfsdwang is onderworpen? Het eerste is meer waarschijnlijk: 1°. omdat alleen hij, die eene handeling heeft aangegaan, bij lijfsdwang tot de volvoering daarvan kan genoodzaakt worden; 2°. omdat zoodanig de geest was van art. 220 *C. N.*, waaruit het onze is overgenomen; 3°. omdat art. 586 W. van B. R. wel den lijfsdwang toestaat wegens alle handelsschulden tegen kooplieden, en dus ook tegen koopvrouwen, maar niet tegen hare mannen. TOULLIER, II, 639; LOCRÉ, II, 346. Zie ook MATTHES, aangeh. *Diss.*, 29, 30.

3°. Om de dubbele reden, dat een uiterste wil geheel eene handeling van vrijen en onbelemmerden wil moet zijn, waarvan de minste beperking het wezen doet verloren gaan, en omdat de uiterste wil eerst gevolgen voortbrengt na de ontbinding van het huwelijk.

§ 101. Die nietigheid is niet volstrekt, maar slechts betrekkelijk, en eeniglijk in het belang der echtgenooten, die zich dan ook alleen daarop kunnen beroepen, en dat regt op hunne erfgenamen overdragen; doch kan die bevoegdheid niet tot andere regtverkrij-

genden, zelfs niet tot schuldeischers der vrouw worden uitgestrekt, ten zij zij bewijzen, dat de handeling is aangegaan ter bedriegelijke verkorting hunner regten, art. 1377 *a*). — Om dezelfde redenen kan ook de man, en de vrouw na zijnen dood, de uit die oorzaak nietige handelingen bekrachtigen: *omnes enim licentiam habent his quae pro se introducta sunt, renuntiare. L.* 29 *C. de pactis b*). En de vrouw wordt geacht dit stilzwijgend gedaan te hebben, wanneer zij, na de ontbinding van het huwelijk, die handelingen geheel of gedeeltelijk heeft ten uitvoer gelegd, met dat gevolg, dat zij alsdan niet meer ontvankelijk is om de nietigheid der overeenkomst te vragen. Art. 172.

---

a) In gelijken zin besliste de hooge raad bij arrest van 1 Maart 1883, *W*. n°. 4883, dat de regter niet bevoegd is ambtshalve de nietigheid van de handeling eener vrouw, op grond van het ontbreken van 's mans magtiging, uit te spreken, indien noch de vrouw, noch de man, noch hunne erfgenamen zich daarop hebben beroepen.

b) De vraag of eene bekrachtiging door den man alleen, aan de vrouw het regt ontneemt tegen de handeling op te komen, wordt bevestigend beantwoord door Diephuis, *N. B. R.* d. IV, bl. 211 vlg.; ontkennend door Opzoomer, *B. W.*, d. I, bl. 194.

TITEL VII.

VAN DE WETTELIJKE GEMEENSCHAP VAN GOEDEREN EN DERZELVER BEHEER.

(Artt. 174—193. EERSTE GEDEELTE, § 102—115, bl. 62—64.)

Geschriften: ASSER, 72—98; VOORDUIN, II, 292—353; VAN DER VOORT, I, I, 147—183; DIEPHUIS, I, 297—339; OPZOOMER, I, 77—81; OPZOOMER, B. W., I, 208—220; VAN HALL, 222—266; DIEPHUIS, *N. B. R.*, IV, 221—293; ASSER, *Handl.*, I, 207—223; DONKER CURTIUS, 88—162; LOKE, *Handb. voor notarissen naar de Ned. wetg.*, bl. 420—445; *Regtsg. Bijdragen*, IV, 512—523; L. ASSER, *Diss.*, 41—68; G. L. VAN HEECKEREN VAN BRANDSENBURG, *Diss. de comm. bonor. leg. inter conjuges, Tr. ad Rh.* 1837; D. OLDENHUIS GRATAMA, *Diss. de univ. bonor. inter conjuges comm. in plerisque patriae partibus olim vigente nunc lege d.* 16 *Jan.* 1832, *in Cod. Civ. fut. denuo restituta*, *Gr.* 1835; E. H. M. VON DAEHNE VAN VARICK, *Diss. de jur. qu. conjuges in bona communia habent*, *Tr. ad Rh.* 1848.

Wettelijke gemeenschap.

§ 102. Geheel verschillend is de inhoud van dezen Titel van dien van den 5den Titel, Boek III, *C. N.*, *du contrat de mariage.* In Frankrijk had namelijk van oudsher in de zoogenaamde *provinces du droit écrit* tusschen echtgenooten gegolden hetgeen men noemde het *régime dotal*, en in de *provinces du droit coutumier* het *régime de la communauté.* Beide deze stelsels waren, omdat men het er niet over eens kon worden, welk de volstrekte voorkeur verdiende, in den *C. N.* overgegaan, met dien verstande, dat altijd de gemeenschap van regtswege bestond, indien niet bij huwelijksche voorwaarden het zij het *régime dotal*, het zij andere overeenkomsten, waren ingeroepen. Artt. 1399—1496, 1540—1581 *C. N.;* G. EVERS, *Diss. de bonis qu. tam act. quam pass.*

leg. inter conjuges comm. comprehendantur jur. Fr. ant. et hod., L. B. 1835, p. 1—7, 62—75; REHBERG, 129—141. Doch die gemeenschap van goederen was slechts eene beperkte gemeenschap, en strekte zich alleen uit tot de roerende goederen, en tot de onroerende, na huwelijk, anders dan door erfenis of schenking verkregen. Artt. 1401—1408 *C. N.;* EVERTS, aang. *Diss.*, p. 76—120. Zonder zich in een onderzoek naar de innerlijke waarde van dit stelsel te verdiepen, mag men het wel voor uitgemaakt houden, dat die zoo kunstig in één geweven en ingewikkelde gemeenschap en niet-gemeenschap aanleiding tot velerlei verwikkelingen en moeijelijke processen had gegeven; doch in Frankrijk genoot zij daarentegen het groote voorregt van nationaal te zijn; een voorregt, dat zij bij ons ten éénemale miste, daar toch, op zeer enkele uitzonderingen na, in al onze voormalige gewesten altijd tusschen echtgenooten, als er niet anders bedongen was, algeheele gemeenschap van alle goederen bestaan had, VOET, *ad tit. D. de R. N.*, n°. 65—83; DE GROOT, *Inl.* II, 11; VAN BUREN, *Diss. ad tit.* VI, VII *et* VIII, *lib.* 1 *novi Cod. Regn. Belg. collatos cum tit.* V, *lib.* III *C. N.*, L. B. 1824, p. 17—24 *a*). Bij de zamenstelling van het Wetboek *Napoleon voor het Koningrijk Holland*, Artt. 172—178, had men die dan ook behouden. Anders intusschen was het gelegen in de Belgische provinciën; daar had de beperkte gemeenschap vroeger meer algemeen gegolden, VAN BUREN, aang. *Diss.*, p. 24—29. Dien ten gevolge had men in het Ontwerp van 1820, artt. 247—340, eenen middenweg ingeslagen, door het invoeren van eene bepaalde en onbepaalde gemeenschap van goederen, tusschen welke beide de echtgenooten, bij de voltrekking van het huwelijk, kiezen konden, art. 247, 248 *b*). Men kwam daarvan terug, uit de overweging, dat de wet één bepaald stelsel moest aannemen, en het gevolg was, dat in het Wetboek van 1830, artt. 178—254, de beperkte gemeenschap bijna letterlijk uit den *C. N.* werd behouden; dit geschiedde voornamelijk ten gunste van België, zoodat men dan

---

a) De uitzonderingen vermeldt DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 222.

b) Behoudens de bevoegdheid der echtgenooten om vóór de voltrekking van het huwelijk daarvan bij huwelijksche voorwaarden af te wijken, artt. 341—374.

ook nu weder tot het van ouds hier te lande bekende is teruggekomen, omdat de ondervinding geleerd had, dat die beperkte gemeenschap behoorde onder de Fransche instellingen, waaraan men zich bij ons niet had kunnen gewennen, en dat men dagelijks voorbeelden zag van lieden, die, zonder huwelijksche voorwaarden trouwende, in den stelligen waan verkeerden, dat zij daardoor stilzwijgende in algeheele gemeenschap leefden. Deze verandering behoort onder de gewigtigste, die het wetboek, bij de herziening na 1830, ondergaan heeft. De twee voorname voordeelen, die men zich daarvan voorstelde, zijn: 1°. grooter eenvoudigheid, en 2°. meer overeenstemming met den aard van het huwelijk, met die *individua vitae consuetudo*, waaruit, in zeker opzigt, ook met betrekking tot de goederen, volgt éénheid van belangen tusschen de echtgenooten, en gemeen bezit van alles, wat anders aan elk hunner in het bijzonder zou toebehooren. Zie meer hierover in de *Redevoering* van den heer DONKER CURTIUS, bij VOORDUIN, II, 306—312, en vooral ook ASSER, t. a. p. *a*).

§ **103**. 1°. Het ontwerp van 1820, artikel 253, kende nog eene andere uitzondering omtrent goederen of regten, die het zij door eene fideïcommissaire beschikking, het zij door een verbod van vervreemding, niet aan anderen kunnen overgaan. Met de eerste werden de zoogenaamde *fideicommissa de residuo* (waarover beneden ad § 594—597) bedoeld; en hoewel nu deze ook in ons wetboek zijn aangenomen, heeft men die uitzondering als overtollig beschouwd, omdat het van zelven sprak, dat de echtgenoot niet meer regt op die goederen aan de gemeenschap kan overdragen, dan hij zelf heeft *b*). — De goederen van ieder der echtgenooten gaan van regtswege over in de gemeenschap, en worden, door de enkele voltrekking van het huwelijk, de gemeen-

---

a) Dat de algeheele gemeenschap van goederen geacht moet worden overeenkomstig te zijn met den aard en het doel des huwelijks, is in den laatsten tijd meermalen bestreden. *Handel. der Ned. Juristen-Vereeniging*, 1882, I, 33—97 *passim* en II, 5—77 *passim*.

b) De krachtens fideï-commis voor een der echtgenooten bestaande verwachting eener erfenis behoort niet tot de baten eener door het huwelijk ontstane gemeenschap van goederen. Aldus besliste de hooge raad bij arrest van 10 Maart 1882, *W*. n°. 4757.

schappelijke eigendom van beide echtgenooten, zonder dat er eenige overdragt of levering te pas komt. Zie VOET, *ad tit. D. de rit. nupt.* n°. 69, VAN GROENEWEGEN, op DE GROOT *Inl.* II, 11, 7. Kan de erflater ook ten aanzien van het wettige erfdeel bepalen, dat dit niet in de gemeenschap zal vallen? — Ja. Art. 175 is algemeen, en onderscheidt niet tusschen het wettelijke en het beschikbare gedeelte der nalatenschap; en door de bepaling, dat de légitime zal blijven buiten de gemeenschap, wordt die noch verkleind, noch bezwaard. Integendeel, de légitimaris, die anders maar voor de helft *pro indiviso* daarvan eigenaar zou worden, wordt dat nu voor het geheel. Hij krijgt er dus meer, en niet minder door *a*). Zie meer BERKHOUT c. s., *Vr. van Ned. regt*, II, 31—36.

§ **104.** Men moet niet te veel hechten aan de letterlijke beteekenis van het woord gemaakt. Schulden, bij erfenis of schenking overgenomen, worden hier evenzeer bedoeld *b*).

§ **105.** Daar de gemeenschap door den dood van regtswege ontbonden wordt (art. 181), moeten van dat oogenblik af alle lasten en baten van het aandeel van den overledene, op zijne erfgenamen overgaan. Doodschulden zijn voornamelijk de kosten der begrafenis, doch niet die van het dragen der rouwkleederen; dat laatste is eene vrijwillige daad van den overgebleven echtgenoot, die dit doen of laten kan naar verkiezing, en er dus in het eerste geval de kosten van dragen moet. Anders in art. 1481 *C. N.*, doch alles overeenkomstig DE GROOT, t. a. p., § 16, en de noot.

Beheer.

§ **106.** En hieruit, zoowel als uit den regel, dat de man het hoofd is der echtvereeniging (art. 160), volgt, dat hij, zelfs zonder

---

a) De juistheid hiervan betwijfel ik. Wel is waar zondert art. 175 dit geval niet uit, maar dit was dan ook onnoodig. De wet kent het wettelijk erfdeel toe. Daarover mag de erflater niet beschikken, en juist op dat regt van vrije beschikking berust de bevoegdheid hem bij het slot van art. 175 toegekend, art. 960. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p. bl. 229 en 230; OPZOOMER, t. a. p., bl. 211 noot 5.

b) Daartoe behooren echter niet de schulden waarmede eene erfenis of eene schenking, die buiten de gemeenschap valt, is bezwaard. Deze blijven ten laste van den bevoordeelden echtgenoot.

toestemming of medewerking zijner vrouw, al die goederen, onverschillig of zij van hem of van de vrouw afkomstig zijn, kan verkoopen, vervreemden of bezwaren (art. 179). Maar indien de wetgever van de ééne zijde die hulde aan de maritale magt moest bewijzen, aan de andere zijde heeft hij alle voorzorgen genomen, om te verhoeden, dat de vrouw niet door misbruik van die magt, of door verkwistingen van de zijde van den man, in het ongeluk gestort worde: 1°. door te bepalen, dat de man noch de onroerende, noch het geheel of een bepaald gedeelte der roerende goederen, om niet mag wegmaken, art. 179; 2°. door aan de vrouw vrijheid te laten, om bij huwelijksche voorwaarden te bedingen, dat de onroerende goederen enz., door haar in de gemeenschap gebragt, of staande huwelijk van hare zijde daarin vallende, buiten hare medewerking niet zullen mogen worden vervreemd of bezwaard, artt. 179, 195; 3°. door haar het regt te geven, om, wanneer de man, door kennelijk wangedrag, de goederen der gemeenschap verspilt, scheiding van goederen te vragen, art. 241; 4°. door haar het regt te geven, om haren man wegens verkwisting onder curatele te doen stellen, art. 488 *a*). Eindelijk strekt zich dat vermogen van den man niet uit tot de onroerende goederen aan de vrouw persoonlijk toebehoorende, die hij zonder hare medewerking niet mag vervreemden of bezwaren, art. 160; ook deze afwijking van hetgeen hier vroeger regtens geweest was (zie DE GROOT, *Inl.*, I, 5, 22, wetboek *Napoleon voor het Koningrijk Holland*, art. 150), is geheel in het belang der vrouw. Met al die voorzorgen echter moet de vrouw tevreden zijn; en nimmer kan zij of hare erfgenamen van den man of van zijne erfgenamen rekening en verantwoording vorderen van het gehouden beheer. De man is noch de gemagtigde, noch de *negotiorum gestor*, noch de mede-vennoot van zijne vrouw. Hij is mede-eigenaar, hoofd en beheerder der gemeenschap, krachtens de wet, met het regt om te beschikken, te vervreemden, te verkoopen, te bezwaren, des noods om te verkwisten, zoo veel hij wil; en dat sluit

---

a) Over de vraag of door alle die behoedmiddelen genoegzaam is gewaakt voor de vrouw, ten opzigte van hare vermogensregten, zie *Handel. der Ned. Jur.-Ver.* t. a. p.

ieder denkbeeld van rekenpligtigheid uit. Zie meer *Themis*, 1851, 8—14, *Regtsg. Adv.*, V, 35—38. Hetzelfde leert ook reeds Voet, *de rit. nupt.*, n°. 92.

Ontbinding.

§ 109. 4°. Zie *Opm. en Meded.*, XI, 210, 211.

§ 110. De reden dezer formaliteit is duidelijk: de minderjarige kinderen verkrijgen aanspraak op de helft der gemeenschap, en er moet dus wel uit eene beschrijving van den boedel blijken, waarin die helft bestaan heeft. De straf op het verzuim gesteld bestaat hierin, dat de gemeenschap geacht wordt voort te duren in alle gevallen, waarin dit den kinderen tot voordeel zou verstrekt hebben, doch dat zij gerekend wordt ontbonden te zijn, indien de voortduring nadeelig voor de kinderen zijn zou, art. 182. Valt er b. v. eene erfenis open ten voordeele van den langstlevenden echtgenoot, daarvan komt de helft aan de kinderen; doch omgekeerd, indien deze geroepen worden tot eene erfenis van eenen bloedverwant uit de andere linie, behoort deze aan hen voor het geheel *a*). Maar wat, als er minderjarige en meerderjarige kinderen zijn? Duurt de gemeenschap dan ook voort in het belang dezer laatsten? Neen. Het doel der wet is alleen om de minderjarige kinderen te beschermen. De boedelbeschrijving wordt dan ook alleen gevorderd als en omdat er minderjarigen zijn; en het artikel zegt bovendien, dat de gemeenschap voortduurt, niet ten aanzien van de kinderen, maar van de minderjarigen. — Zie meer over deze en over andere vragen, waartoe dit artikel aanleiding geeft, *Themis* 1862, 1—16. Wordt er echter later, na de drie maanden, geïnventariseerd, dan houdt het verzuim, en daarmede de voortgezette gemeenschap op *b*). Zie meer over dit geheele onderwerp J. H. de Kleyn,

---

a) Eene belangrijke beslissing omtrent den aard der voortgezette gemeenschap, bevat het arrest van den hoogen raad van 4 Mei 1883, *W.* n°. 4909.

b) Zij houdt dan op van af dat oogenblik. Is daarentegen aan de bij art. 182 opgelegde verpligting binnen den aldaar gestelden termijn voldaan, dan moet de gemeenschap geacht worden door en sedert het overlijden ontbonden te zijn, en niet eerst van af het tijdstip dat de boedelbeschrijving is opgemaakt. Aan de bedoelde

Regtsonderzoek naar de gecomt. gem. en hare gevolgen a). De inventarisatie is eene verpligting aan den langstlevenden echtgenoot opgelegd; op hem alleen derhalve komt de straf, indien aan die verpligting niet behoorlijk is voldaan. Een noodzakelijk gevolg hiervan is, dat de inventaris, al is die later opgemaakt, tegen hem of tegen zijne regtverkrijgenden (b. v. in geval van faillissement of kennelijk onvermogen), door de kinderen niet minder kan worden ingeroepen als bewijs van het bestaan der gemeene goederen; die kinderen toch, die aan het verzuim geheel onschuldig zijn, mogen daardoor nimmer schade lijden.

Het spreekt van zelven, dat deze geheele bepaling alleen van toepassing is op de gemeenschap onder en door de tegenwoordige wet ontstaan; en dat ook de voortgezette gemeenschap, na de ontbinding van het huwelijk, uitsluitend wordt geregeld door de wet, waaronder de echtgenooten gehuwd zijn, art. 38 der transitoire wet is zoo algemeen mogelijk. Zie arrest van den hoogen raad van 26 Maart 1858, bij v. d. Honert, Afd. *B. R.*, XXII, 131—150.

§ **112**. De man, die de gemeenschap vertegenwoordigde en met haren toestand bekend was, heeft de schulden aangegaan, en hij had het vermogen dit te laten; hij is dus persoonlijk jegens de schuldeischers verbonden; hieruit volgt *a contrario*, dat de vrouw, op wie dit alles niet van toepassing is, slechts voor de helft kan worden aangesproken. Het beginsel is dus, dat na de ontbinding der gemeenschap, even als de goederen, zoo ook de gemeene schulden, tusschen beide de echtgenooten verdeeld worden. Doch dit beginsel lijdt uitzondering voor de schulden, door éénen der echtgenooten vóór het huwelijk gemaakt; deze komen alleen ten laste van hem die ze gemaakt heeft of van zijne erfgenamen,

---

verpligting is intusschen niet voldaan door het enkel opmaken der inventaris, maar eerst dan wanneer de formaliteiten, bij art. 678 *W. v. Burg. Regtsv.* voorgeschreven, zijn in acht genomen, deze dus in handen van den kantonregter beëedigd en ter griffie van het kantongeregt overgebragt is. Arr. v. d. hoogen raad v. 13 April 1877, *W.* nº. 4115.

a) Zie ook „Over de gecontinueerde gemeenschap volgens art. 182 *B. W.*, in het voormalige en hedendaagsche recht", het academisch proefschrift van S. J. Lagerwey, Utrecht, 1874, beoordeeld in *Themis*, d. XXXV, bl. 394.

behoudens verhaal tegen den anderen echtgenoot of diens erfgenamen, art. 186. Men heeft hiertegen twee bedenkingen geopperd: 1°. dat dit tegen het beginsel aandruischte, volgens hetwelk de schulden, evenals de goederen, vóór het huwelijk bestaande, door het huwelijk gemeen zijn geworden, en dus ook, even als die goederen, zonder aanzien der zijde, waarvan zij gekomen zijn (art. 183), na de ontbinding, door elk der gewezen deelgenooten voor de helft moeten gedragen worden; 2°. dat het eene noodelooze omslagtigheid was, de wederhelft dier schuld van den oorspronkelijken schuldenaar te doen vorderen, en die wederom door dezen te doen verhalen van den anderen echtgenoot, en dat het veel eenvoudiger zou zijn, den schuldeischer eene regtstreeksche actie te geven tegen den anderen echtgenoot, die bij slot van rekening toch betalen moet. — De regering heeft geantwoord met den regel: *cessante causa, cessat effectus.* Door het huwelijk heeft de schuldeischer toevallig voor eenigen tijd twee schuldenaren gehad in plaats van éénen; maar na het huwelijk moet hij in zijnen vorigen toestand worden hersteld, en kan hij niet meer *facto alterius* gebaat worden. Maar zou men niet op grond van denzelfden regel kunnen beweren, dat ieder der echtgenooten zijne vóór het huwelijk bezeten goederen moest terugbekomen?

Kan de schuldeischer in dat geval, zijnen oorspronkelijken schuldenaar, wiens vermogen niet toereikend is, b. v. als deze een vermogen van *f* 10,000 en *f* 6000 schuld in de gemeenschap heeft gebragt, en de andere echtgenoot niets bezat, in welk geval hij slechts *f* 5000 terug bekomt, en voor de geheele schuld aansprakelijk blijft; kan in dat geval de schuldeischer hem tot dat verhaal noodzaken? Neen, naar de duidelijke woorden van art. 186 is dat verhaal voor den echtgenoot, die betaald heeft, *facultatief.* Dit moge hard zijn voor den schuldeischer, die op deze wijze het slagtoffer eener hoogst laakbare *collusie* worden kan, *sed in lege ita scriptum est.* Hij had bovendien voor zijn belang kunnen waken, door zijn regt vóór de ontbinding der gemeenschap te doen gelden.

Afstand.

§ 113. Het regt van de vrouw om afstand van de gemeenschap te doen, en zich op deze wijze van de betaling der schulden te bevrijden, vloeit voort uit dezelfde reden, als de bepaling, waarom zij slechts voor de helft der gemeene schulden kan worden aangesproken, zoo even op § 112 opgegeven. De *C. N.*, art. 1457, gaf haar daartoe eenen tijd van drie maanden en veertien dagen. Naar het oud-Hollandsch regt moest zij zich daaromtrent verklaren vóór de begrafenis van haren man, door vóór de lijkbaar het sterfhuis uit te gaan in hare dagelijksche kleederen, na alvorens de sleutels van het huis op de kist te hebben gelegd. *Regtsg. Bijdr.*, IX, 151—155; DE GROOT, *Inl.*, II, 12, 18. Volgens het ontwerp van 1820, art. 256, moest de akte van afstand ook vóór de begraving van het lijk worden uitgebragt. Men heeft den eersten termijn te lang, en den tweeden te kort gevonden; het verstaat zich daarenboven, dat de oude plegtigheid die naar onze hedendaagsche begrippen niet is overeen te brengen met de gevoelens van kieschheid en welvoegelijkheid, in onze dagen niet meer te pas kwam, en met onze zeden niet meer strookte. Is het huwelijk onder eene vroegere wet voltrokken, dan zal die wel moeten beslissen over het regt van afstand, naar art. 38 *Transit. wet;* maar de vorm, daarbij in acht te nemen, kan natuurlijk geene andere zijn, dan die de tegenwoordige wet voorschrijft. Art. 10 Alg. Bep., art. 2 *Transit. wet.* Zie voorts nog over het regt van afstand, G. MATTHES, *aang. Diss.*, p. 90—94.

Erfgenamen. Voor de erfgenamen begint die termijn, indien de vrouw vóór het einde daarvan gestorven is, na haren dood op nieuw te loopen, art. 189. Indien er onder hen verschil van gevoelen bestaat, kan de ééne de gemeenschap aanvaarden, de andere haar verwerpen. Hij, die aanvaardt, krijgt alleen zijn aandeel; het overschot blijft aan den man, die jegens den erfgenaam, die afstand gedaan heeft, belast is met de voldoening van al hetgeen de vrouw in geval van gedanen afstand, zou hebben kunnen vorderen,

doch alleen ten beloope van het erfdeel, hetwelk dengenen, die afstand gedaan heeft, voor zijn hoofd toekomt, art. 190. Dit laatste is eenigzins duister. Het is overgenomen uit art. 1475 *C. N.* Daar liet het zich gemakkelijk verklaren, omdat, volgens het Fransche regt, de vrouw, die afstand gedaan had, of hare erfgenamen, hare onroerende goederen, enz. kon terug nemen, artt. 1493, 1495. Bij ons daarentegen zou de vrouw, in geval van gedanen afstand, alleen hebben kunnen terugvorderen het linnengoed en de kleederen tot haar lijf behoorende, art. 187; maar dat regt juist hebben hare erfgenamen niet, art. 189. Het schijnt dus dat deze bepaling alleen hare toepassing kan vinden, wanneer er geene algeheele gemeenschap bestaat; dáárom kwam dan ook in art. 322 van het Ontwerp van 1820, een soortgelijk voorschrift inhoudende, voor in de 3[de] Afd. van Tit. IV, Boek I, handelende over de bepaalde, maar niet in de 2[de] Afd., handelende over de onbepaalde gemeenschap. Kan derhalve het artikel op die wijze al eenigen zin hebben, dan moet men toch erkennen, dat het hier niet op zijne plaats staat *a*).

§ **114.** Over art. 187, zie J. J. Cremers, *Regtsgevolg van de overeenkomsten aangegaan door eene in wettelijke gemeenschap gehuwde vrouw.*

2°. Deze bepaling is algemeen, en strekt zich derhalve zelfs uit tot die hypothécaire schulden, waarvoor zij zich, staande huwelijk, solidair met haren man mogt hebben verbonden. Zie *Regtsg. Adv.*, IV, 38—42.

§ **115.** In het eerste geval wordt zij geacht van dat voorregt te hebben afgezien; in het tweede is zij het niet meer waardig.

---

a) Dit schijnt mij niet geheel juist. Ook bij de algeheele gemeenschap kan de bepaling toepassing vinden. Men denke aan hetgeen de erfgenamen der vrouw ingevolge art. 187, al. 3, op haar man kunnen verhalen. Wellicht is hier ook te denken aan het geval dat, tijdens het huwelijk, der vrouw goederen zijn aangekomen, die krachtens den wil van den erflater of den schenker buiten de gemeenschap zijn gebleven, art. 175. Het valt echter niet te ontkennen dat voor het laatstgenoemde geval geene bijzondere bepaling noodig was, omdat het van zelf spreekt dat de erfgenaam, die afstand doet van zijn aandeel in de gemeenschap, daardoor zijn regt op hetgeen tot die gemeenschap niet behoort, niet verliest.

Is er onderscheid tusschen wegmaken en verduisteren? Ja, wegmaken is ontvreemden, zich zelve toeeigenen; verduisteren is b. v. het verzwijgen van enkele goederen bij het maken der boedel-beschrijving.

TITEL VIII.

VAN HUWELIJKSCHE VOORWAARDEN.

(Artt. 194—234, EERSTE GEDEELTE, § 116—140, bl. 65—69.)

Geschriften: ASSER, 99—109; VOORDUIN, II, 363—409; VAN DER VOORT, I, 1, 183—213; DIEPHUIS, I, 340—402; OPZOOMER, I, 81—87; OPZOOMER, *B. R.*, I, 221—265; VAN HALL, 248—266; DIEPHUIS, *N. B. R.*, IV, 293—388; ASSER, *Handl.*, I, 223—245; DONKER CURTIUS, 150—177; LOKE, 445—488; *Regtsgeleerde Bijdragen*, IV, 523—528; L. ASSER, *Diss.* 61—108.

Huwelijksche voorwaarden in het algemeen.

§ **116.** De reden, waarom de huwelijksche voorwaarden vóór het huwelijk moeten worden aangegaan is, onder anderen, om de verboden schenkingen tusschen echtgenooten staande huwelijk onder bedekte vormen voor te komen. Art. 1715. Zie meer hierover beneden, *ad* § 993. Zij moeten bij notariële akte worden verleden, want niet alleen de regten der echtgenooten, maar ook die van derden, b. v. van de kinderen, en zelfs van schuldeischers, en van allen, die met de echtgenooten handelen, kunnen daarvan afhankelijk zijn, en zij moeten dus in de gelegenheid wezen om ze te leeren kennen; volgens het oud-Hollandsch regt konden zij zelfs mondeling worden gemaakt, en werd het bewijs daarvan door getuigen toegelaten. DE GROOT, *Inl.*, II, 12, 4. Dat echter dit voorschrift omtrent den vorm alleen van toepassing is, als de huwelijksche voorwaarden in Nederland worden aangegaan, spreekt van zelven. Een verbod, om dit in het buitenland te

doen, wordt nergens in de wet gevonden. En geschiedt dit, dan moet ook de vorm van het land, waar het contract wordt aangegaan, worden in acht genomen. Art. 10 *Alg. Bep.*

§ **117.** Volgens het Fransche regt werd deze openbaarmaking alleen vereischt, wanneer één der echtgenooten of beiden kooplieden waren, artt. 67, 68 *C. de C.* Maar terwijl derden er altijd belang bij hebben, om de huwelijksche voorwaarden te kennen, en het er, zoo lang zij het tegendeel niet stellig kunnen weten, voor houden moeten, dat er gemeenschap van goederen bestaat, heeft men die overschrijving ook tot andere echtgenooten uitgestrekt. Men lette er echter op, dat niet de geheele overschrijving der huwelijksche voorwaarden, maar alleen die van de bepalingen, waarbij van de wettelijke gemeenschap geheel of gedeeltelijk wordt afgeweken, gevorderd wordt *a*).

§ **118.** Omdat onder alle huwelijksche voorwaarden stilzwijgend de ontbindende voorwaarde verstaan wordt, *si nuptiae sequuntur*. Volgt die voorwaarde niet, dan keert alles tot den vorigen toestand terug, art. 1301. De huwelijksche voorwaarden beginnen eerst te werken van het oogenblik der voltrekking van het huwelijk, art. 202. Wordt het huwelijk niet gesloten, dan blijven zij ook daarom buiten kracht, want dan beginnen zij nimmer te werken *b*).

§ **119.** Welke bepalingen geacht worden te strijden met de goede zeden en met de openbare orde, zie boven, *ad* art. 14 *Alg. Bep.*

Minderjarige echtgenooten. Minderjarigen, die trouwen mogen, zijn *a fortiori* bekwaam, om in al de gevolgen van het

---

a) Bij arrest van den hoogen raad v. 25 Nov. 1881, *W.* n°. 4714, is beslist dat, ingevolge art. 207, een vonnis tegen den man verkregen ter zake van een schuld door hem aangegaan vóór de aldaar bedoelde overschrijving, ook kan worden ten uitvoer gelegd op de goederen, die volgens den inhoud der inmiddels overgeschreven huwelijksche voorwaarden, der vrouw persoonlijk toekomen.

Deze leer, reeds verkondigd door Mr. M. DE PINTO, in *Themis* jg. 1881, bl. 181 vlg., is bestreden door Mr. A. J. W. FARNCOMBE SANDERS, in *Themis* jg. 1882, bl. 463 vlg en in het *W.* n°. 4811.

b) Daarom schijnt het mij juister hier te denken aan eene opschortende, dan aan eene ontbindende voorwaarde.

huwelijk, en derhalve ook in de huwelijksche voorwaarden, toe te stemmen, art. 206; *non debet enim cui plus licet, quod minus est non licere, L.* 21 *de R. J.* Het huwelijk is de hoofdzaak; de overeenkomsten over de wederzijdsche bezittingen zijn er de gevolgen van.

§ **120.** De regten, voortspruitende uit de maritale en de vaderlijke magt *a*); die over het wettelijk vruchtgenot en over de voogdij der ouders, en alle wetsbepalingen op den staat der personen in het algemeen, behooren tot de openbare orde. Daarvan mag men bij geene bijzondere overeenkomsten afwijken. Zie boven, *ad* art. 14 *Alg. Bep.*

§ **121.** Het eerste zou met der daad zijn een *pactum de hereditate futura*, verboden bij art. 1370. Zie beneden *ad* § 783. Het tweede zou eene verkorting zijn van het regt, om over zijne nalatenschap vrijelijk te beschikken, art. 943, of veranderingen te weeg te brengen in de erfopvolging, bij de wet geregeld.

§ **122.** Dat de één, enz. Zulk eene overeenkomst zou in zich zelve onbillijk zijn: *secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, L.* 10 *D. R. J.;* zij zou daarenboven het nadeel hebben, dat echtgenooten zich gedurende het huwelijk de één ten koste van den anderen aanmerkelijk konden verrijken. Zie een voorbeeld bij Delv., VI, 444.

Maar wat is het gevolg van zulk een beding? Maakt het de huwelijksche voorwaarden geheel nietig? Of blijven deze bestaan, in dier voege, dat alleen het aandeel der schulden van ieder aan dat der baten moet worden gelijk gemaakt? Ons art. 197 zegt, in kortere woorden, nagenoeg hetzelfde als art. 1521 en 1522 *C. N.;* en Delv., t. a. p., p. 445, is van gevoelen, dat de huwelijksche voorwaarden geheel nietig zijn, en het valt niet te ontkennen, dat de woorden van art. 1521 *C. N.* tot die uitlegging schijnen te leiden. Ons artikel daarentegen spreekt die nietigheid niet uit, en men kan dus zeggen, dat eene nietigheid nooit verondersteld wordt. Wanneer men de aandeelen der schulden

---

a) Zoo b. v. mag de vrouw niet belast worden met de zorg voor de opvoeding der kinderen of met het beheer hunner goederen.

aan die der baten gelijk maakt, dan heeft men alles uit de overeenkomst weggenomen wat daarin met de wet in strijd was, en dan is er geene reden, waarom zij overigens niet zou kunnen blijven bestaan: *utile per inutile non vitiatur;* en zulks te meer nog, omdat de echtgenooten in allen gevalle hunnen wil hebben aan den dag gelegd, om de algeheele gemeenschap uit te sluiten. Zoodanig was ook het gevoelen van DURANTON, XVI, 206; en men moet dit te eerder aannemen, omdat bij ons de grootste zwarigheid daartegen, die in de woorden van art. 1521 *C. N.* gelegen was, vervalt *a*).

Noch ook, enz. Daar elk geacht wordt de wet, waaronder hij leeft, te kennen, doet hij, die onder de wettelijke gemeenschap of onder die van winst en verlies leven wil, genoeg, wanneer hij deze in algemeene bewoordingen inroept. Anders is het geegen met buitenlandsche, of vroeger hier gegolden hebbende wetten, gewoonten, enz. Deze zijn afgeschaft, of hebben nooit bij ons bestaan; daar geldt dus dat vermoeden niet, ja men wordt geacht die niet te kennen; en men kan echter, zonder aan allen

---

a) In gelijken zin DIEPHUIS, t. a. p., d. IV, bl. 304 vlg. Anders OPZOOMER, t. a. p., d. I, bl. 225, en ASSER, *Handl.* t. a. p., bl. 280. Het liefst schaar ik mij aan de zijde van hen die beweren dat zoodanig beding als niet gemaakt moet worden beschouwd, en dat derhalve verdeeling in twee gelijke deelen, zoowel der baten als der schulden, moet plaats hebben. Het is volkomen waar, dat partijen hun wil hebben aan den dag gelegd, om de algeheele gemeenschap uit te sluiten. Maar dit geeft geen regt om de aandeelen der schulden aan die der baten gelijk te maken, want partijen hebben evenzeer hun wil aan den dag gelegd, om ook die gelijkheid uit te sluiten.

Mr. DIEPHUIS wijst er op dat de aanstaande echtgenooten, door aan een hunner een grooter aandeel in de baten toe te kennen dan aan den ander, eene volkomen geldige bepaling hebben gemaakt; dat zij alleen door het aandeel in de schulden onevenredig te maken aan dat in de baten, tegen de wet hebben gehandeld, en dat derhalve op grond van art. 1374 *B. W.* alleen de laatste bepaling krachteloos moet zijn. Zou men niet met evenveel regt aldus kunnen redeneren: door een hunner met een grooter aandeel in de schuld te belasten dan den ander, hebben zij eene volkomen geldige bepaling gemaakt; alleen door het aandeel in de baten onevenredig te maken aan dat in de schuld, hebben zij tegen de wet gehandeld; alleen de laatste bepaling moet dus krachteloos zijn? De fout der redenering ligt m. i. daarin dat, terwijl art. 197 op het oog heeft het verband tusschen de bedingen omtrent het aandeel in de baten en dat in de schulden, Mr. DIEPHUIS beide afzonderlijk beschouwt.

de verpligting op te leggen om ook die te kennen, geene vrijheid geven, om deze, bij huwelijksche voorwaarden vooral, waarbij ook derden belang hebben, in te roepen. Zij zouden daardoor *facto* eene zekere kracht van wet krijgen, en bij geschillen over die overeenkomsten zou men niet te beslissen hebben over de bedoeling der partijen, maar over den zin van niet of niet meer bestaande wetten. Zie meer hierover bij LOCRÉ, VI, 342—344, 389. — Daaruit volgt echter niet, dat het niet aan elk zou vrijstaan, om, wat den inhoud betreft, zijne huwelijksche voorwaarden te regelen, b. v. naar de voormalige Hollandsche of Groninger, of ook naar de Fransche gemeenschap; maar hij moet zich dan de moeite getroosten om al de bepalingen van die gemeenschap, voor zoo ver hij die wil inroepen, in zijne huwelijksche voorwaarden op te nemen, zonder in algemeene bewoordingen daarnaar te verwijzen.

Gemeenschap van winst en verlies, en van vruchten en inkomsten.

§ 124. Uit het opschrift van de 2de Afd. van dezen Titel blijkt reeds *a priori*, dat er een wezenlijk verschil bestaat tusschen de gemeenschap van winst en verlies en die van vruchten en inkomsten. Dat verschil is echter gering en misschien niet altijd even gemakkelijk te begrijpen. Wij zullen het beneden, *ad* § 130, verklaren.

1°. De verpligting, waarvan hier gesproken wordt, bestaat zoo wel voor de vrouw als voor den man; de vrouw kan vóór het huwelijk, wanneer zij nog niet aan de maritale magt onderworpen is, daarvoor zorg dragen.

Alle roerende goederen, niet in de huwelijksche voorwaarden of in de daaraan gehechte beschrijving vermeld, worden voor winst gehouden. Maar wat is daarvan het gevolg? is hier slechts de rede van een eenvoudig regtsvermoeden, dat voor tegenbewijs zwichten moet naar den regel *praesumtio cedit veritati?* — Tot verdediging van dit gevoelen, laat zich niets anders aanvoeren dan de letterlijke inhoud van het art., omdat iets wat gehouden wordt voor winst, daarom nog niet noodzakelijk winst is. In-

tusschen is het bekend, dat de woorden gehouden, gerekend, verondersteld, zeer dikwijls in de wet gebruikt worden in den zin eener *praesumtio juris et de jure*, waartegen geen bewijs wordt aangenomen. En dat het bepaaldelijk in deze afdeeling wel degelijk in dien zin wordt gebruikt, kan o. a. blijken uit art. 212, waar bepaald wordt, wat bij de gemeenschap van winst en verlies wordt gehouden voor winst, d. i. winst is, naar de wet, ofschoon het dit misschien inderdaad niet is. Dat het hier in dien zin moet worden opgevat, volgt nog uit art. 205, waar voor een geheel gelijksoortig geval wordt gezegd, dat het bewijs op geene andere wijze mag worden geleverd. Zie meer hierover *Regtsg. Adv.*, II, 50—58 *a*).

Uit het voorschrift, dat de beschrijving der goederen door den notaris moet onderteekend zijn, volgt van zelven dat die beschrijving notarieel moet wezen; te meer, daar die woorden, die in eene vorige redactie van het artikel ontbraken, er juist met dat doel zijn ingevoegd *b*).

2°. Hier is integendeel aan de vrouw veel grooter ruimte voor dat bewijs gelaten; omdat het verzuim, na het huwelijk, niet meer aan haar, maar aan den man, als hoofd der echtvereeniging en als bestuurder van de goederen zijner vrouw, moet geweten worden. De man daarentegen is, bij gebreke der beschrijving of van andere bescheiden, waaruit van zijnen bijzonderen eigendom blijken kan, onbevoegd zoodanige goederen terug te nemen, en hetzelfde geldt voor zijne erfgenamen, aan wie hij niet meer regt kan overdragen dan hij zelf had. *L.* 54 *D. R. J.*

Gemeenschap van winst en verlies.

§ 125. Deze gemeenschap, die, vooral in Friesland, vroeger het gemeene regt heeft uitgemaakt, had haren oorsprong te danken aan de zucht om de goederen van eene familie, zoo lang mogelijk,

---

a) Nog valt op te merken dat waar de wet eenige artikelen vroeger (art. 214) het tegenbewijs heeft willen toelaten, zij dit ook uitdrukkelijk heeft gezegd.

b) Hieromtrent bestaat verschil van gevoelen. Zie de jurisprudentie en de litteratuur vermeld bij ASSER, *Regtspr.*, ad art. 220, n°. 3.

in het uitsluitend bezit harer nazaten te laten; een doel, dat door de algeheele gemeenschap slecht bereikt kon worden. Zij werd ook in andere gewesten dikwijls ingeroepen bij huwelijken van hen, wier vermogens zeer ongelijk waren. VAN BUREN, *aang. Diss.*, p. 21—23. De volgende bepalingen zijn grootendeels overgenomen uit het *Wetb. Napoleon voor het Kon. Holl.*, art. 179—190.

In het algemeen zijn, krachtens de bepaling van art. 208, ook op die gemeenschap van toepassing de bepalingen omtrent de wettelijke gemeenschap van goederen, voor zoo verre daarvan niet bij de huwelijksche voorwaarden uitdrukkelijk of uit den aard der bedingen, is afgeweken; en daaruit volgt o. a. dat de vrouw of hare erfgenamen ook van die gemeenschap kunnen afstand doen, hoezeer dat regt hun hier niet uitdrukkelijk worde gegeven; even als ook de bepaling van art. 183 omtrent de verdeeling, ofschoon hier niet uitdrukkelijk herhaald, echter zeer zeker op de gemeenschap van winst en verlies van toepassing is. Daarbij komt bovendien nog, dat bij het tweede lid van art. 208 het regt van afstand aan de vrouw verzekerd wordt, hoedanig en op welke wijze de gemeenschap van goederen is bedongen, en derhalve voor iedere gemeenschap. Men heeft wel beweerd, dat gemeenschap van winst en verlies geene gemeenschap van goederen is; maar die winsten behooren toch tot de goederen, en gemeenschap van winst en verlies is dus zeker gemeenschap van een gedeelte der goederen, en wanneer nu het regt van afstand gegeven wordt voor iedere soort van gemeenschap van goederen, dan zal daartoe ook wel behooren de gemeenschap van een gedeelte, zoo goed als van het geheel der goederen *a*). Zie echter *Regtsg. Bijbl.*, II, 305—317.

Door ieder voor de helft. Zonder dat daarbij het mindere of het meerdere, door ieder aangebragt, in aanmerking komt;

---

a) In gelijken zin is laatstelijk door den hoogen raad beslist bij arrest van 16 Juni 1875, R. d. CXIII, § 21. Zeer uitvoerig wordt dit gevoelen nader uiteengezet door DIEPHUIS, t. a. p., d. IV, bl. 359 vlg. — Vgl. echter in tegenovergestelden zin, Mr. L. REITSMA, *het recht der vrouw om van de g. v. w en v. afstand te doen.*

en zulks ten einde, zooveel mogelijk, het groote doel van iedere gemeenschap, éénheid van belangen tusschen de echtelingen, te bewaren. Na de ontbinding van het huwelijk krijgt voor het overige ieder terug zijne aanbrengst, of, zoo die niet meer *in natura* aanwezig is, de waarde daarvan. Het overige wordt als winst verdeeld. Zie arrest van den hoogen raad van 18 Januarij 1867, bij VAN DEN HONERT, Afd. *Zegel en Registratie*, V, 275—284.

§ **126.** 1°. Al wat de echtgenooten, staande huwelijk, bij erfenis, making of schenking verkrijgen, blijft in het algemeen buiten die gemeenschap, en het tegendeel zou weinig met haar doel, behoud van familiegoederen, strooken, art. 213. Men kan er daarenboven bijvoegen, dat inzonderheid de erfenissen, meestal van bloedverwanten aankomende, meer als eene soort van eigendom, waarvan men wel het genot nog niet heeft, doch hetgeen men echter voor het vervolg verwacht, is aan te merken, dan als winst. *L.* 9, 10 *D. pro. soc.* Deze regel lijdt echter uitzondering in de gevallen van § 124, n°. 3 (art. 222), omdat die kleinere makingen en schenkingen, indien het tegendeel niet verklaard is, geacht worden aan beide echtgenooten gezamenlijk gedaan te worden *a*).

2°. Behooren de vruchten, die op het oogenblik der ontbinding van de gemeenschap te velde staan, doch eerst later worden ingeoogst, tot die gemeenschap? Neen, art. 193 van het *Wetb. Nap. voor het Kon. Holland* bepaalde, dat alle winst en verlies, na scheiding van het huwelijk voorvallende, m a a r w a a r v a n d e o o r z a a k s t a a n d e h u w e l ij k i s g e b o r e n, nog gemeen is; en hieruit was zeer zeker met het volste regt besloten, dat ook de op dat tijdstip reeds te velde staande vruchten nog behoorden tot de gemeenschap, maar dat was dan ook juist daarom zoo, omdat men toen eene uitdrukkelijke bepaling in de wet had, waarop men zich kon beroepen. In de tegenwoordige wet daaren-

---

a) Zeer teregt merkt DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 340, op, dat deze minder bestemd zijn om iemands bezittingen te vermeerderen, dan wel om zijne inkomsten te verhoogen.

tegen komt eene zoodanige uitdrukkelijke bepaling niet voor; maar ons art. zegt integendeel, dat alleen de vermeerdering der bezittingen, staande huwelijk opgekomen, uit vruchten en opbrengsten, behooren tot de gemeenschap; zoodat die vruchten, die eerst na de ontbinding van de gemeenschap worden ingeoogst en opkomen en die dus op dat oogenblik een deel uitmaken van de niet gemeene goederen, tot die gemeenschap niet kunnen behooren. Zie meer hierover *Regtsg. Adv.* III, 68—90 *a*).

3°. Aankoop van goederen of effecten, staande huwelijk, geschiedt in den regel uit onverteerde inkomsten of andere overwinsten; doch dit is slechts een vermoeden, rustende op die vooronderstelling, die maar zoo lang stand houdt, tot men het tegendeel bewijst.

§ **127.** 1°. Maar hoe, als beide echtgenooten te zamen voor een gelijk gedeelte tot dezelfde erfenis geroepen worden? of wanneer aan beiden te zamen eene schenking gedaan wordt? — Deze vraag is van belang; want als die goederen in de gemeenschap vallen, kan de man ze allen verkoopen, vervreemden en bezwaren, art. 179; als zij daar buiten blijven, kan hij dit slechts, wat betreft de roerende, en de onroerende goederen alleen voor zijn aandeel. *A contrario* redenerende uit art. 213, en den regel *qui de uno dicit de altero negat* toepassende, komt men tot het besluit, dat die goederen in de gemeenschap komen; en dit is aan te minder gevaar onderhevig, omdat hier de reden der uitsluiting ophoudt, aangezien geen van beiden door het gemeen worden dier goederen eenig nadeel lijdt *b*).

---

a) Op het tijdstip der inzameling komt het aan. Dan moeten zij gezegd worden *op te komen*. De vruchten vóór de voltrekking van het huwelijk te veld staande, maar eerst staande huwelijk ingeoogst, behooren dus wel tot de gemeenschap.

b) Met Diephuis t. a. p., bl. 340 en Asser, *Hdl.* bl. 234, meen ik dat in het gestelde geval de goederen niet in de gemeenschap vallen, maar ieder eigenaar wordt voor de helft. De regel *qui de uno dicit de altero negat* mist hier alle toepasselijkheid, omdat het artikel een voorschrift bevat in verband tot de wijze waarop de goederen door de echtgenooten worden verkregen, niet in verband tot de personen der verkrijgers. Het gemeen worden kan wel degelijk aan de vrouw nadeel toebrengen, door het misbruik van de magt die de man dan ten opzigte van al die goederen en niet alleen van de hem toebehoorende helft erlangt. Hij kan ze dan, gelijk de Schr. der *Handl.* te regt opmerkt, alle verkoopen, vervreemden

2°. 3°. De *ratio legis* is deze: alleen de goederen uit de inkomsten en winsten aangekocht worden als gemeen beschouwd; maar alles wat de echtgenooten vóór het huwelijk bezaten, krijgt ieder, na het huwelijk, in den staat, waarin het zich alsdan bevindt, terug. Hetzelfde geldt in § 129, 1°. 2°. Zie ook boven *ad* § 126, n°. 2.

3°. Deze regel kan, uit den aard der zaak, alleen dan te pas komen, als de ingebragte of de krachtens art. 213 verkregen goederen nog *in natura* aanwezig zijn en worden teruggenomen.

Gemeenschap van vruchten en inkomsten.

§ **130**. Het verschil tusschen deze en de vorige gemeenschap is, volgens de redevoering van den heer NICOLAI, voornamelijk daarin gelegen, dat van de laatste alleen de schulden vóór het huwelijk gemaakt, en van die van vruchten en inkomsten alle schulden uitgesloten blijven. VOORDUIN, II, 390. Verlies kan hier dus ook niet bestaan; als de goederen geene vruchten of inkomsten hebben opgebragt, dan wordt er niets ingebragt, en na de ontbinding der gemeenschap wordt alleen datgene verdeeld, wat er op dat oogenblik aanwezig is. ASSER, 106.

Maar wanneer de beide laatsten zijn uitgesloten, volgt daaruit dan van regtswege, dat de eerste plaats heeft? — Men moet onderscheiden: òf de huwelijksche voorwaarden behelzen niets verder dan die enkele uitsluiting, òf daarin komen andere bepalingen omtrent de goederen voor. In het laatste geval spreekt het van zelven, dat ook de gemeenschap van vruchten en inkomsten is uitgesloten, en dat alleen de bedingen der overeenkomst de regten der echtgenooten regelen. Moeijelijker is de vraag in het eerste geval. Het schijnt echter, dat men ook dan niet wel stilzwijgend tot het bestaan eener gemeenschap van vruchten en

---

en bezwaren zonder medewerking der vrouw, en dit kan hij, wanneer ze niet in de gemeenschap vallen, voor zooveel betreft de onroerende goederen, alleen voor zijn aandeel daarin, artt. 179 en 160, al. 5. Dit sluit intusschen de bevoegdheid van den schenker of erflater niet uit om te bepalen, dat de schenking of de making wel in de gemeenschap zal vallen, in welk geval die bepaling geëerbiedigd zal moeten worden en dus de man over de aldus verkregen goederen het regt van beschikking erlangt.

inkomsten, maar veeleer tot eene algeheele scheiding van goederen, besluiten moet; want: 1°. spreekt art. 199 wel van het stilzwijgend bestaan der gemeenschap van winst en verlies, doch niet van die van vruchten en inkomsten; 2°. vooronderstelt art. 219 bij deze laatste altijd een beding; 3°. heeft men in art. 199 overgenomen art. 66 van het *Holl. Wetb. Nap.;* datzelfde wetboek zeide in art. 68: »beiden (gemeenschappen) uitdrukkelijk zijnde uitgesloten, blijft echter de gemeenschap van vruchten, baten en inkomsten, enz.” Dit laatste artikel nu kan men niet over het hoofd hebben gezien; men heeft het echter niet overgenomen: ergo.

§ 131. Het spreekt van zelven, dat ook de roerende goederen uit de vruchten en inkomsten aangekocht tot die gemeenschap behooren, anders konden de artt. 220 en 221 daarbij niet te pas komen. Hetzelfde geldt omtrent onroerende goederen, mits het bewezen zij, dat zij op deze wijze zijn aangekocht. ASSER, t. a. p. *a*).

Giften tusschen de aanstaande echtgenooten bedongen.

Men zal wel doen, tot regt verstand dezer Afdeeling, daarbij den Titel van schenkingen, en hetgeen wij daar hebben aangeteekend, te raadplegen.

---

§ 133. Al deze afwijkingen van het gemeene regt strekken daartoe, om tot het aangaan van huwelijken, die de wet in het belang der maatschappij aanmoedigt, aan te sporen.

2°. 3°. Bij eene oppervlakkige beschouwing dezer beide bepalingen zou men kunnen denken, dat zij met elkander in strijd zijn, en vermeenen dat de tweede door de eerste verijdeld wordt. Men zou echter dwalen; beiden zijn te gelijk zeer wel bestaanbaar. Wanneer er eene voorwaarde bestaat welker uitvoering

---

a) Acht men ook art. 214 hier van toepassing, dan moeten de onroerende goederen staande huwelijk aangekocht, tot de gemeenschap worden gebragt, ten ware een der beide echtgenooten bewees, dat zij voor zijne rekening afzonderlijk zijn aangekocht. Zie DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 367.

van den wil des schenkers afhankelijk is, is de schenking nog niet voldongen, doch blijft zij opgeschort tot dat het zal gebleken zijn, of de voorwaarde al dan niet vervuld is. Art. 1289. Maar is de schenking éénmaal uitgekeerd, dan kan zij door den schenker niet meer herroepen worden; het zij zij van den beginne zuiver geweest, het zij de voorwaarde vervuld zij *a*).

4°. Inderdaad is dit eene erfstelling of making, gelijk het dan ook in årt. 372 van het Ontwerp van 1820 genoemd werd. Dit belet echter niet, dat die schenkingen onherroepelijk zijn; en dat is, ter gunste van het huwelijk, eene merkwaardige uitzondering van den regel, volgens welken alle beschikkingen na doode, gedurende het leven van den erflater, kunnen herroepen worden: *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.* Art. 922, 1039—1051. *L. 4 D. de adim. vel transf. legat.*

§ **135.** Omdat hier eene erfstelling of making bestaat, waaraan altijd stilzwijgende de voorwaarde verbonden is, indien de begiftigde den schenker overleeft. Anders is het, indien de schenking uit tegenwoordige goederen bestond; deze toch zijn, dadelijk nadat de schenking voldongen is, door den begiftigde verkregen, die ze, na zijn overlijden, op zijne erfgenamen doet overgaan.

Giften aan de aanstaande echtgenooten, of aan kinderen uit hun huwelijk geboren, gedaan.

§ **138.** Omdat die aanneming in de onderteekening der huwelijksche voorwaarden ligt opgesloten; maar wanneer de schenking

---

a) Hetgeen de Schr. der *Handl.* onder n°. 2 vermeldt, onderscheidt de hier bedoelde giften, naar ik meen, niet van andere schenkingen. Art. 226 laat giften toe die plaats hebben onder voorwaarden, welker uitvoering van den wil des schenkers afhangt. Maar de bevoegdheid tot het stellen van zoodanige voorwaarden bestaat, ingevolge de ook op schenkingen toepasselijke tweede zinsnede van art. 1292, ook ten opzigte van andere schenkingen. Wat ingevolge de eerste zinsnede van gemeld art. 1292 niet bij gewone schenkingen geoorloofd is, is dat hare voldoening alleen afhangt van den wil des schenkers, maar dat is, omdat de wet ten deze geen uitzondering maakt, ook ten opzigte van de hier bedoelde giften niet geoorloofd. M. a w., zoowel bij de hier bedoelde giften als bij gewone schenkingen mag de schenker de vervulling niet alleenlijk afhankelijk stellen van zijn lateren wil, maar wel van eene daad, waarvan de vervulling van zijn wil afhankelijk is.

bij eene afzonderlijke akte heeft plaats gehad, moet zij zelve, om van waarde te zijn, uitdrukkelijk aangenomen worden, art. 232.

§ **140**. Mag zulk eene schenking geschieden ten voordeele van de echtgenooten, en van één of meer bepaaldelijk aangewezen kinderen, b. v. van het oudste, de twee oudsten enz.? Ja: 1°. had de schenker het regt om al de kinderen uit te sluiten; hij moet dus *a fortiori* geacht worden dat regt gehad te hebben ten opzigte van sommigen hunner; 2°. niet alleen verbiedt de wet dit niet, maar dit verbod, dat uitdrukkelijk in art. 307 van het Wetboek van 1830 geschreven stond, is bij de herziening opzettelijk weggelaten *a*).

TITEL IX.

VAN GEMEENSCHAP OF HUWELIJKSCHE VOORWAARDEN BIJ TWEEDE OF VERDER HUWELIJK.

(Art. 235—240. Eerste gedeelte, § 141—144, bl. 69, 70.)

Geschriften: Asser, 110—113; Voorduin, II, 410—420; van der Voort, I, 1, 214—219; Diephuis, I, 403—421; Opzoomer, I, 89—93; Opzoomer, *B. R.*, I, 266—274; van Hall, 266—272; Diephuis, *N. B. R.*, IV, 388—413; Asser, *Handl.*, I, 245—254; Donker Curtius, 178—184; Loke, 488—498; *Regtsg. Bijdragen*, IV, 529; L. Asser, *Diss.*, 120—123; J. G. Kist, *de bepalingen der Ned. wet, omtrent tweede en verdere huwelijken*, 2e druk; Th. L. M. H. Borret, *Bijdrage tot verklaring van de artt.* 236 *en* 949 *van het Burg. Wetboek;* L. Zegers Veeckens, *Over de bevoordeeling bij tweede en verdere huwelijken; N. Bijdr. voor Rechtsg. en Wetg.*, 1874, 133 vlg.

§ **141**. Zonder dat, enz. Grootendeels overgenomen uit de bekende *l.* 6 *hac edictali*, *C. de sec. nupt.*, en uit art.

---

a) Anders Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 385 vlg.

1098—1100, 1496 *C. N.* Zie ook DE GROOT, *Inl.*, II, 12, 6, en *Regtsg. Bijdr.*, VI, 68—70. De wet is aan de tweede huwelijken veel minder gunstig dan aan de eerste. Die huwelijken strekken veelal tot nadeel van kinderen uit het eerste bed geboren; en, ofschoon het niet mogelijk was die nadeelen geheel te vermijden, heeft de wet zich echter het lot dezer voorkinderen, die door het verlies van één hunner ouders reeds een zwaar ongeluk geleden hebben, moeten aantrekken, en die schadelijke gevolgen zoo veel mogelijk trachten te beperken. Van daar het verbod, waarvan hier de rede is. Het doel zou slechts gebrekkig bereikt zijn, indien dat verbod ook niet tot de gemeenschap van goederen uitgestrekt ware geworden; want daardoor zou de rijke hertrouwende echtgenoot aan zijn nieuwen echtgenoot, die niets had, langs eenen zijdelingschen weg, de helft van zijn vermogen hebben kunnen schenken. Wil men evenwel beweren, dat de nieuwe echtgenoot, meer dan hij volgens de wet mogt, door de gemeenschap van goederen bevoordeeld is, dan ligt het in den aard der zaak, dat men beginnen moet met de hoegrootheid van het vermogen, bij het tweede huwelijk daarin gebragt, te bewijzen; en het is niet te ontkennen, dat dit dikwijls zeer moeijelijk zijn kan. Zal men zeggen, dat de hertrouwende echtgenoot vóór het tweede huwelijk eene boedelbeschrijving moet doen opmaken? Niet alleen, dat dit niet in de wet staat; maar de wetgever heeft opzettelijk, om velerlei bezwaren, die men hierin vond, hem die verpligting niet willen opleggen. Of zal men beweren, dat alsdan de beschrijving, na de ontbinding van het eerste huwelijk, volgens art. 182 opgemaakt, tot maatstaf moet dienen? Maar de boedel van den hertrouwende kan sedert dien tijd vermeerderd of verminderd zijn. Het schijnt daarom, dat hier alle andere bewijsmiddelen, zelfs dat door getuigen, moeten worden toegelaten, omdat het een feit geldt, waarvan men geene schriftelijke akte heeft kunnen doen opmaken. Art. 1940. De hooge raad oordeelde bij arrest van 10 Junij 1864, VAN DEN HONERT, Afd. *Zegel en Registratie*, V, 179—188, dat uit dit artikel, in verband met art. 240 volgt, dat, voor de berekening van het voordeel der voorkinderen alleen in aanmerking komt wat door den her-

trouwden echtgenoot ten huwelijk is aangebragt, en dat het overige als overwinst tusschen de echtgenooten of hunne kinderen gelijkelijk wordt verdeeld *a*). De waarde der aangebragte goederen moet niettemin worden geschat naar het tijdstip der ontbinding van het tweede huwelijk.

Toullier, V, 882, leert, dat iemand, die drie of meer huwelijken aangaat, slechts aan al de nieuwe echtgenooten te zamen, en niet aan elk hunner, mag schenken, hetgeen hem bij art. 1098 *C. N.* (bij ons art. 236) wordt toegestaan, voornamelijk op grond, dat anders die gezamenlijke schenkingen somtijds het beschikbaar gedeelte zouden kunnen te boven gaan. Men kan daar nog bijvoegen, dat de wet derde huwelijken zeker nog minder heeft willen begunstigen dan tweede. Maar toch is het te betwijfelen, of die uitlegging met de woorden van ons art. 236 wel zij overeen te brengen. Daar toch wordt gezegd, dat bij tweede of verder huwelijk aan den nieuwen echtgenoot mag gegeven worden, enz. De wet onderscheidt dus niet, en men kan daarenboven zeggen, dat derde of vierde huwelijken tot de zeldzaamheden behooren. — Niettemin moet men, zoo het schijnt, voor het wettelijk erfdeel eene onderscheiding maken. Dit mag nooit, en in geen geval, door eenige schenking, van welken aard ook, verkort worden, art. 960. De voordeelen nu bij huwelijksche voorwaarden aan eenen derden of vierden echtgenoot besproken, zijn ware schenkingen; en zijn bij gevolg, na den dood van den hertrouwden echtgenoot, op de vordering der legitimarissen, vatbaar voor inkorting (art. 967, 971), indien zij het wettelijk erfdeel niet ongeschonden laten. Anders echter is het met de voordeelen, die een derde of een vierde echtgenoot

---

a) Dit schijnt mij niet geheel juist. De hooge raad heeft bij gemeld arrest beslist, dat de bepaling van art. 236 moet worden beperkt tot die goederen, welke aan zijde van den hertrouwden echtgenoot zijn aangebragt *of niet tot de winsten behooren*. Hieruit volgt m. i. dat voor de berekening van het voordeel der voorkinderen in aanmerking komen, behalve de goederen door den hertrouwden echtgenoot aangebragt, ook diegene die hem later door erfopvolging, legaat of schenking zijn opgekomen, art. 213. Dat alles behoort tot zijn boedel, waarop derhalve art. 236 van toepassing is.

Zie de bestrijding van dit arrest door Mr. F. A. T. Weve in *Themis*, jg. 1880, bl. 173 vlg.

uit de huwelijks-gemeenschap mogt verkrijgen; deze toch zijn het gevolg niet van eene schenking, want die geschiedt dan inderdaad niet, maar van de bepalingen der wet. Zij zijn alleen dàn vatbaar voor inkorting, indien die voordeelen meer bedragen, dan hetgeen een nieuwe echtgenoot, ingevolge de bepalingen van dezen titel, uit de gemeenschap mag genieten *a*). — Over de vraag, of aan den nieuwen echtgenoot, die reeds bij gemeenschap of huwelijksche voorwaarden voor een kinds-gedeelte of voor een vierde bevoordeeld is, later bij uitersten wil nog meer voordeelen mogen besproken worden, zie beneden, *ad* § 549, n°. 2.

Kinderen. Ofschoon art. 236 en 237 altijd spreken van kinderen, zijn zij evenzeer van toepassing, al is er slechts één kind uit het eerste huwelijk. Er zou geene reden voor zulk een onderscheid te bedenken zijn, en het enkelvoudig en meervoudig getal wordt meermalen verwisseld: *non est sine liberis cui vel unus filius, unave filia est; — nam quem*, sine liberis *esse*, *dicere non possumus: hunc necesse est dicamus liberos habere. L.* 148, 149 *D. V. S.*

Wanneer niettemin niet de hertrouwde, maar de nieuwe echtgenoot het eerste sterft, moet natuurlijk de gemeenschap in twee gelijke deelen worden verdeeld, en kan aan de erfgenamen van den nieuwen echtgenoot de bepaling van dit artikel niet worden tegengeworpen, onverminderd het regt van inkorting, dat de kinderen van den langstlevende, *casu quo*, na zijnen dood, kunnen doen gelden. Immers de toepasselijkheid van het artikel hangt juist af van de vraag, of de hertrouwde echtgenoot kinderen nalaat, en hoe veel? en die vraag kan eerst bij zijn overlijden beantwoord worden. Bovendien geeft het slot van het artikel de actie tot inkorting aan de voorkinderen alleen ten tijde van het openvallen van de nalatenschap van den hertrouwden

a) DIEPHUIS, *N. B. R.* t. a. p., 399—400, verwerpt deze onderscheiding. Hij meent dat bij opvolgende huwelijken door de gezamenlijke latere echtgenooten overeenkomstig art. 236 en v., meer kan worden verkregen dan met het wettelijk erfdeel strookt, en wel onverschillig of dit voordeel wordt verkregen ten gevolge eener vermenging door gemeenschap van goederen, dan wel ten gevolge van schenking bij huwelijksche voorwaarden gedaan. Zie ook het arrest van den hoogen raad van 24 Juni 1881, te vinden in de *N. Regtspr.* CXXVIII, § 83.

echtgenoot, en voegt het er bij, dat hetgeen het geoorloofd gedeelte te boven gaat, valt ten voordeele van diens nalatenschap. Van het één noch van het ander kan sprake zijn gedurende zijn leven. Zie meer *Themis*, 1849, 19—30. Anders echter een arrest van den hoogen raad van 23 Maart 1849, *Weekbl.* n°. 1010 *a*).

§ **142.** De wet kan niet toelaten, dat langs zijdelingsche wegen geschiedt hetgeen zij regtstreeks verbiedt. Als men derhalve de verboden schenking in den vorm van eenen koop of verkoop, of onder eenigen anderen bezwarenden titel inkleedt, is de handeling nietig, en wordt zij geacht nooit bestaan te hebben, *plus actum quam scriptum valet. L.* 3, 4. *C. plus valere.* — Zoo ook, wanneer de hertrouwde echtgenoot eene erfenis verwerpt, die, bij ontstentenis van hem, aan zijne echtgenoot zou vervallen. *L.* 5, § 13, 15 *D. de don. int. vir. et ux.*

§ **143.** Alle schenkingen aan de hier vermelde personen worden vermoed *in fraudem legis* geschied te zijn; het is niet geoorloofd het tegendeel te bewijzen; zij zijn almede van regtswege nietig. Art. 239 geeft echter slechts voorbeelden, en zijne bewoordingen zijn niet limitatief. Doch hij die beweert, dat een ander, aan wien de schenking gedaan is, slechts een tusschen beiden komend persoon zou zijn, moet dat bewijzen.

§ **144.** Al ware het ook, dat door den éénen echtgenoot meer ingebragt ware, dan door den anderen. Dit is dus een uitzondering op den algemeenen regel *b*).

---

a) Diephuis, *N. B. R.* t. a. p., bl. 408, is van eene andere meening. Volgens hem moet, als men de scheiding niet wil uitstellen, de oplossing deze zijn: men stelle dat het aantal der voorkinderen, hun erfdeel en de boedel van den hertrouwden echtgenoot tot op diens dood dezelfde zullen blijven, en make alsdan de scheiding in overeenstemming met het voorschrift van art. 236, 1e lid. Deze oplossing heeft dit voor, dat de voorkinderen dan minder gevaar loopen achter het net te visschen, maar of zij met het oog op de wet verdedigbaar is, betwijfel ik. Immers tot het aannemen van de volkomen onzekere vooronderstelling waarvan Schr. uitgaat, geeft m. i. geen enkele wetsbepaling de bevoegdheid.

b) Omtrent den omvang dier uitzondering intusschen heerscht groot verschil van gevoelen. Terwijl de meesten aannemen dat dit artikel algemeen is, dus doelt op alle winst en verlies, behaald of geleden tijdens het huwelijk, ook bij wettelijke gemeenschap van goederen, beweren andere dat het artikel alleen van toepassing is

TITEL X.

VAN DE SCHEIDING VAN GOEDEREN.

(Artt. 241—253. EERSTE GEDEELTE, § 145—153, bl. 70, 71.)

Geschriften: ASSER, 113—116; VOORDUIN, II, 420—433; VAN DER VOORT, I, 1, 219—226; DIEPHUIS, I, 422—451; OPZOOMER, I, 93—111; OPZOOMER, *B. R.*, II, 1—36; VAN HALL, 272—278; DIEPHUIS, *N. B. R.*, IV, 413—454; ASSER, *Handl.*, I, 254—265.

§ **145**. Scheiding van goederen *a*).

Is nietig. Dit is een natuurlijk gevolg van art. 204, dat alle veranderingen in de huwelijksche voorwaarden na het huwelijk verbiedt. Men ziet voor het overige uit de gronden, die aanleiding kunnen geven tot scheiding van goederen, dat het middel niet is beperkt tot het geval van gemeenschap van goederen, maar dat het ook kan worden aangewend, indien van die gemeenschap door huwelijksche voorwaarden is afgeweken, onverschillig wat daarbij voor het overige is overeengekomen. In het eerste geval dient de scheiding meer bepaaldelijk, om de goederen van de vrouw van die van den man af te zonderen, in het tweede geval om ze aan het beheer van den man te onttrekken.

Bij den regter *b*).

---

wanneer tusschen de echtgenooten bij huwelijksche voorwaarden gemeenschap van winst en verlies is bedongen. Dit laatste gevoelen wordt verdedigd in *N. Bijdr. v. R. en W.* 1877, 229 vlg., en *Themis*, 1880, 173 vlg.

a) Het regtsmiddel heeft ten doel de vrouw te beschermen tegen misbruiken, die de man kan maken van de uitgestrekte magt hem toegekend ten aanzien zoowel van de goederen die in de gemeenschap vallen, als van die aan de vrouw persoonlijk toebehooren. Dat het middel in vele gevallen niet toereikend is, wordt tegenwoordig vrij algemeen erkend. Zie *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, jg. 1882, d. 1, bl 34, 199 *sqq.*, *passim* en d. 2, bl. 5 *sqq.*, *passim.* Genoemde Vereeniging verklaarde zich dan ook zonder hoofdelijke stemming voor uitbreiding van de gevallen, waarin de vrouw de scheiding kan vragen; ibid. bl. 77.

b) Daartoe is echter noodig het voorafgaand verlof van den president der regtbank, die vooraf moet trachten tusschen partijen eene bevrediging te bewerken, en het verlof verleent, wanneer hij hierin niet slaagt of wel wanneer de man op den door hem bepaalden dag niet verschijnt. Indien de vrouw ten bepaalden dage, zonder wettige reden, niet verschijnt, wordt haar verzoek als vervallen beschouwd. Artt. 804 vlg. *Regtsv.*

1°. Ons wetboek is in het toekennen van dit hulpmiddel milder jegens de vrouw dan de *C. N.*, die deze reden niet kende. Zie art. 1443 *C. N.*

2°. Het is niet noodig, dat die waarborg reeds verloren, of het huwelijksgoed reeds werkelijk in gevaar zij; want dan zou het hulpmiddel te laat komen. Het wordt overigens geheel aan het oordeel van den regter overgelaten, om te bepalen, wanneer, in ieder voorkomend geval, die vrees of dat gevaar aanwezig is.

Door de wanorde en het slechte beheer zijner zaken *a*).

§ 146. De reden hiervan ligt opgesloten in artt. 243 en 247 (zie § 147) *b*). De schuldeischers, om zich tegen het één of het ander te kunnen verzetten, moeten in de gelegenheid gesteld worden om daarvan kennis te dragen. Deze bekendmaking van den eisch geschiedt door middel van aankondigingen, aangeplakt in de gehoorzaal der regtbank, en geplaatst in één der dagbladen van de provincie, of, bij gebreke daarvan, in dat eener naburige provincie; die van de scheiding zelve door een uittreksel van het vonnis aan te plakken in de gehoorzaal, en in de gemeente waar de man zijne woonplaats heeft, op de plaatsen waar zulks te doen gebruikelijk is; en driemalen te plaatsen in één der dagbladen van de provincie, of, bij gebreke van dien, in een dagblad van eene naburige provincie, met tusschenpoozing telkens van eene maand. Artt. 807, 811 *W. van B. R.*

§ 147. Als de wet aan de ééne zijde der vrouw bescherming moest verleenen tegen het wangedrag, het slecht beheer en de verkwisting van haren man, niet minder heilig zijn de regten van schuldeischers, die de slagtoffers zouden kunnen worden van een gemeenschappelijk bedrog der echtgenooten, die het middel van scheiding mogten bij de hand nemen, om hun hunne zekerheid

a) Voor alle verzuim in het beheer van de goederen der vrouw is de man volgens art. 160, al. 4, aansprakelijk; op zijne goederen heeft de vrouw te dier zake verhaal. Verminderen nu die goederen door wanorde of slecht beheer, dan vermindert ook haar waarborg.

b) En in art. 244, al. 2, opdat derden die gedurende den tijd tusschen het instellen van de vordering en van het vonnis, met den man een overeenkomst mogten willen aangaan, daarvan niet onkundig zouden zijn.

te ontnemen, en een gedeelte van de goederen der gemeenschap aan hunne vervolgingen te onttrekken. Zij kunnen daarom altijd in het geding tusschen beide komen, om den eisch te betwisten, evenwel alleen op grond van opzettelijke verkorting hunner regten, omdat zij alleen op dien grond haar zouden kunnen doen vernietigen, als zij uitgesproken was. Zie ook art. 1377 *a*).

§ **148.** Zie boven, *ad* § 99.

§ **150.** Want de reden, waarom de scheiding niet bij onderlinge toestemming kan plaats hebben, bestaat hier niet meer; wel verre, dat hier eene verandering in de huwelijksche voorwaarden zou plaats hebben, is het een terugkeer daartoe of tot de aanvankelijk bestaan hebbende gemeenschap, die altijd wenschelijk is, in het belang der eendragt tusschen de echtgenooten, en van de rust des huisgezins.

§ **151.** Deze bekendmaking geschiedt op dezelfde wijze, als die van de scheiding, art. 815 *W. v. B. R.* *b*).

§ **152.** Want als men daarbij nieuwe overeenkomsten bedingen kon, zou de scheiding al weder kunnen gebezigd worden als een indirect middel, om veranderingen in de huwelijksche voorwaarden of in de gemeenschap te maken.

§ **153.** Is de vrouw, aan wie een eerste eisch tot scheiding van goederen is ontzegd, later in eenen tweeden eisch ontvankelijk, ter zake van later opgekomen wangedrag of verspillingen van den man? — Ja; en te vergeefs zou haar door den man de *exceptio rei judicatae* worden tegengeworpen. Om in die exceptie te slagen toch is het noodig, dat de zaak die gevorderd wordt dezelfde zij, dat de vordering berust op dezelfde oorzaak, en dat zij ingesteld zij door en tegen dezelfde personen, art. 1954. Nu

---

a) Wel zijn ingevolge art. 247, de schuldeischers, alleen ter zake van opzettelijke verkorting hunner regten bevoegd zich tegen de scheiding te verzetten, nadat deze door den regter is uitgesproken, maar zulks is m. i. geen reden hun ook alleen op dien grond het bij art. 243 toegekende regt toe te kennen. Dat art. bevat die beperking niet. Liever sluit ik mij aan bij de leer gehuldigd door DIEPHUIS, *N. B. R.* t. a. p., bl. 429, en ASSER *Hdl.*, bl. 257, dat zij ook de eisch tot scheiding kunnen betwisten, op grond dat een of meerdere der omstandigheden, volgens art. 241 gevorderd, ontbreken.

b) Aanplakking van een uittreksel van het vonnis in de gehoorzaal der regtbank wordt echter niet vereicht.

is het waar, dat de zaak, die gevorderd wordt, dezelfde is, scheiding van goederen; en dat het proces gevoerd wordt tusschen dezelfde partijen, de echtgenooten; maar het is niet waar, dat de oorzaak der vordering, het *fundamentum petendi*, hetzelfde is. Bij de eerste vordering was die oorzaak gelegen in verspillingen, waaraan de man zich toen had schuldig gemaakt, bij de tweede in die, waaraan hij zich later heeft overgegeven. Wie zal beweren, dat, indien ik heden eene vordering tegen u instel wegens beweerde mishandeling, die ik niet bewijs, en indien mij dan die eisch ontzegd is, ik mij daarom later niet meer zal mogen beklagen over mishandelingen, die gij mij later aandoet, en die ik wel bewijzen kan? — Wel nu, de zaak is volmaakt dezelfde. Zie TOULLIER, XIV, 35. Bovendien, de verspillingen waarop de eerste actie gegrond was, en alleen gegrond kon worden, waren misschien niet gewigtig genoeg, om de scheiding uit te spreken; maar dat belet niet, dat verspillingen, waaraan de man zich later schuldig maakt, dit wel zijn kunnen.

TITEL XI.

ONTBINDING VAN HET HUWELIJK.

(Artt. 254—287. EERSTE GEDEELTE, § 154—169, bl. 71—74.)

Geschriften: ASSER, 117—132; VOORDUIN, II, 434—474: VAN DER VOORT, I, I, 227—249; DIEPHUIS, II, 5—59; OPZOOMER, I, 111—140; OPZOOMER, *B. W.*, II, 37—92; VAN HALL, 278—298; DIEPHUIS, *N. B. R.*, IV, 489—563; ASSER, *Handl.*, I, 266—291; DONKER CURTIUS, 185—211; *Regtsg. Bijdr.*, IV, 530—533; L. ASSER, *Diss.*, 101—113.

Ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed.

§ **155.** Behalve het doel, boven, *Eerste Gedeelte*, bl. 40, aangewezen, heeft de scheiding van tafel en bed ook nog tot oogmerk, om den echtgenooten den weg tot verzoening en hereeniging,

die door echtscheiding geheel wordt afgesneden, open te laten. Wanneer zij echter vijf volle jaren geduurd heeft, zonder dat die verzoening is tot stand gekomen, dan houdt de wet het er voor, dat daarop geene hoop meer bestaat, en dat het dus beter is het huwelijk te ontbinden, dan dien droevigen en in der daad onnatuurlijken en zedeloozen toestand nog langer te doen voortduren. De vordering daartoe kan door ieder der echtgenooten worden ingesteld, en niet slechts, zoo als in art. 310 *C. N.*, door hem, tegen wien de scheiding was uitgesproken.

§ **156**. De voorschriften dezer artikelen komen voornamelijk hierop neder: 1°. dat tot deze ontbinding de wederzijdsche toestemming der echtelingen volstrekt noodzakelijk is, en dat bijgevolg de eisch op het enkel verzet der wederpartij dadelijk moet worden afgewezen, en dat is zelfs zoo waar, dat, indien de verweerder na drie herhaalde oproepingen niet verschijnt, de eisch insgelijks moet worden verworpen, zoodat hier de niet-verschijning wordt gehouden voor verzet, terwijl in alle andere zaken, bij niet-verschijning van den gedaagde, de vordering wordt toegewezen, deels ook op grond, dat hij, die niet verschijnt, geacht wordt in den eisch toe te stemmen. Art. 76 W. van B. R.; en *Handl. tot het W. van B. R.*, *Aant. ad* § 69. Daaruit volgt tevens, dat indien ééne van de partijen in dien toestand gekomen is, dat zij niet vrijelijk kan toestemmen, b. v. door krankzinnigheid, de ontbinding van het huwelijk op die wijze niet mogelijk is; 2°. dat alle voorgeschreven pogingen tot verzoening moeten zijn aangewend en vruchteloos afgeloopen; 3°. dat, wanneer deze twee omstandigheden tezamenloopen, en overigens aan alle formaliteiten voldaan is, de ontbinding m o e t worden uitgesproken. Zie verder G. EVERTS, *Comm. de div. qu. mutuo fit conjugum consensu.* Gron. 1834, p. 44—47.

Echtscheiding.

§ **159**. Moet de burgerlijke wet de echtscheiding toelaten, of verbieden? dat is eene vraag, waarover veel gesproken, veel geschreven en veel getwist is, en waarover men het denkelijk wel nimmer algemeen eens zal worden. Men heeft tot bestrijding

daarvan aangevoerd, dat het huwelijk uit zijnen aard tot den dood moet voortduren, en niet als eene gewone burgerlijke overeenkomst kan beschouwd worden. Doch ware ook dit laatste het geval, dan zou daarop van volle toepassing zijn de bekende regtsregel: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est, l.* 35 *D. R. J.;* en de enkele toestemming der echtgenooten zou genoegzaam zijn, om het elk oogenblik te verbreken; dan zou de man de echtscheiding kunnen doen uitspreken, zoodra zijne vrouw slechts in het minste of geringste hare huwelijkspligten omtrent hem vergat, en omgekeerd, volgens art. 1302. Maar juist omdat de wet de grootere heiligheid van het huwelijk erkent, heeft zij noch het één noch het ander gewild, zonder dat dit echter eene voldoende reden kon opleveren tot een volstrekt verbod van alle echtscheiding Indien alle huwelijken waren, wat zij zijn moesten, dan voorzeker kon men die uitsluiting aannemen, ofschoon het verbod dan onnoodig zou zijn. Maar de menschelijke onvolmaaktheid en zwakheid brengt mede, dat niet allen daarin dat geluk van het paradijs vinden, dat zij er zich van voorstellen; en een huwelijk, dat in plaats van geluk, rust en eendragt, slechts verdriet, twist en oneenigheid gekend heeft, moet voorzeker in het ware belang der familiën en der maatschappij, liever gescheiden worden, dan, in weerwil der echtgenooten, uit hoofde van eenen overdreven eerbied voor zijne heiligheid, worden gehandhaafd. Zeker is voor de kinderen de echtscheiding hunner ouders altijd eene min of meer noodlottige gebeurtenis; doch het zou nog de vraag wezen, of zij niet nog veel dieper beklagenswaardig zijn, wanneer men hen doemt, om al de dagen huns levens, of zeker hunner minderjarigheid, ooggetuigen te zijn van den twist en de oneenigheid tusschen hen, van wie zij het leven ontvangen hebben, die zij beiden evenzeer moeten beminnen en eerbiedigen, en tusschen wie men hen alzoo noodzaakt onwillekeurig partij te kiezen? — Eindelijk heeft men nog tegengeworpen de godsdienst der Roomsch-Katholijken, die de echtscheiding verbiedt. Maar men verliest daarbij uit het oog, dat de wet het huwelijk alleen beschouwt in zijne burgerlijke betrekkingen (art. 83); dat zij dus het godsdienstig huwelijk even-

min ontbindt als zij het heeft tot stand gebragt. En de Katholijken kunnen toch zeker wel niet vorderen, dat anderen, wier godsdienst dat middel toelaat, daarvan geen gebruik zullen mogen maken, omdat de hunne het verbiedt. De burgerlijke wet kan of mag in die verschillende godsdienstige begrippen niet treden. De Grondwet verbiedt het aan éénige godsdienst voor- of nadeelen te verbinden, en even daarom kon de wet, die voor allen gelijk moet zijn, niet aan de Katholijken de echtscheiding, aan de Protestanten, Israëlieten en anderen de scheiding van tafel en bed verbieden, zooals Rehberg, p. 130—132, wil. Zij heeft voor beiden genoeg gedaan, als zij beide middelen in het algemeen toelaat. De Roomsche, als hij gegronde reden heeft om de zamenwoning te doen ophouden, als hij naar de burgerlijke wet echtscheiding zou kunnen vragen, kan zijne toevlugt nemen tot het middel der scheiding van tafel en bed; en is hij door zijn wangedrag oorzaak, dat zijn echtgenoot tegen hem eene echtscheiding doet uitspreken, dan kan daardoor zijn geweten niet bezwaard zijn, en het staat hem vrij, dat huwelijk te blijven aanmerken alsof het nog bestond; hij hertrouwe niet, als hij begrijpt dat zijne godsdienst dit zoo wil. In Frankrijk is later, bij eene wet van 3 Mei 1816, te vinden in den *Moniteur* van den 10den dier maand, de echtscheiding, vooral op grond der godsdienst, afgeschaft, en alleen de scheiding van tafel en bed behouden. Zie over die wet Everts, aang. *Comm.*, 32—37 *a*). Bij ons heeft men teregt begrepen, dat die scheiding voor de niet-Katholijken de plaats der echtscheiding niet kan vervangen, omdat de aldus gescheidenen veroordeeld zijn tot eenen altijddurenden ongehuwden staat, die strijdig is met de belangen der maatschappij, met de hunne en met die hunner kinderen, en die hen doet voortleven in zedeloosheid en ontucht. En wat volgt nu uit dit alles? Dat de echtscheiding op zichzelve goed is? Zeker niet, maar alleen, dat zij een noodzakelijk kwaad is, dat men dulden moet, om grooter kwaad te voorkomen; en dat, hoe minder echtscheidingen

a) Een wetsvoorstel in 1881 in de Fransche Kamer ingediend, tot wederinvoering van de echtscheiding, vond geen gunstig onthaal.

er worden uitgesproken, hoe meer dit bewijzen zal voor de zedelijkheid en voor de huisselijke deugden eener natie; dat men met den Franschen Staatsraad TREILHARD zeggen mag: *le divorce ne doit pas être signalé comme un mal, s'il peut être un remède quelquefois nécessaire.* — Hoogstbelangrijk zijn verder over dit onderwerp de processen-verbaal van den Franschen Staatsraad over den 6[den] Titel van het eerste Boek, bij LOCRÉ, en het *Exp. des motifs* van TREILHARD, aldaar, II, 552—562. Zie ook LOCRÉ, II, 443—445 *a*).

§ 160. Uit het hier geleerde volgt reeds van zelven, dat de echtscheiding door onderlinge toestemming, zoo als art. 233 *C. N.* die toelaat, bij ons geene plaats kan hebben, gelijk dit dan ook in art. 263 verboden wordt. Zoo was het ook in het oud-Hollandsch regt, en dat was ééne der redenen, waarom zij in het Wetboek van 1830, art. 315, onvoorwaardelijk verboden was. Volgens Christus vermaninge 1), zegt DE GROOT, *Inl.*, 1, 5, 18, werdt in deze landen geen scheydinge des egtbands toegelaten, dan door de doodt van een der egtgenooten, ofte door overspel. Alle andere willige ofte regtelijke scheydinge, konnen den egtbant nogte de regten daaruit onstaende niet verbreeken. Intusschen is er ook over de doelmatigheid van deze soort van echtscheiding veel getwist. Men leze EVERTS,

---

a) Een hoogst belangrijk debat is in de laatste jaren gevoerd over de vraag of het huwelijk op eenzijdige wilsverklaring, zonder opgaaf van redenen, ontbindbaar behoort te zijn. Als groot voorstander voor die ontbindbaarheid heeft zich verklaard Mr. VAN HOUTEN, in de „Vragen des tijds", jg. 1877, II, 129—173, en later in zijn praeadvies in 1882 in de *Ned. Juristen-Vereeniging* uitgebragt, *Hdl.*, 1882, I, 34 vlg. Een warm bestrijder vond hij in den schrijver dezer Handleiding, in eenige artikelen van het *W.*, nrs. 4056 en 4075. In de vergadering van genoemde Vereeniging in 1882 werd met 47 tegen 18 stemmen beslist, dat de waarborging van de regten der vrouw zoodanige ontbindbaarheid niet eischt, *Hdl.*, 1882, II, 74.

1) Die vermaning van Christus vindt men in het evangelie van MATTHEUS, V, 31, 32; XIX, 8, 9. Het is mij nooit regt duidelijk geweest, hoe men daar dat verbod uit gelezen heeft. Volgens MICHAËLIS, *Mos. regt*, II, § 119, wordt daar niet gesproken van echtscheiding, maar van de verstooting der vrouw door haren man, door middel van eenen scheidbrief (*repudium*), zoo als die bij de Joden in gebruik was. Zie *Deut.*, XXIV, 1—4.

aangeh. *Comm.* En er is ook trouwens zeer veel voor te zeggen. Aanhoudende huisselijke oneenigheden en twisten, de zoogenaamde *incompatibilité d'humeur*, die voor geen regtstreeksch bewijs vatbaar is, en honderd andere oorzaken, maken het dikwijls zeer wenschelijk om eenen echt te doen verbreken, al verkeert men juist niet in één der bepaalde gevallen bij de wet voorzien; terwijl echtgenooten, die het onderling eens zijn, om niet langer zamen te leven, zeer gemakkelijk kunnen overeenkomen, om ééne dier bepaalde redenen, b. v. de kwaadwillige verlating, te doen ontstaan. En bovendien, hoe velen zijn er niet, die gegronde redenen hebben om te scheiden, doch die huiverig zijn, die openlijk aan den dag te brengen; voor deze gaat de weldaad der wet verloren, waarvan allen moeten kunnen genieten, als men eens het beginsel heeft aangenomen, dat de echtscheiding moet worden toegelaten. Zoo zal b. v. de man, die weet dat zijne vrouw zich aan overspel heeft schuldig gemaakt, en aan wien dus zijn gevoel en zijne eer verbieden om met haar te blijven leven, ten zij men die echtscheiding toelaat, moeten kiezen tusschen de twee uitersten: òf om in eenen altijddurenden ongehuwden staat voort te leven, òf om die vrouw aan de openbare verachting, en zich zelven aan bittere spotternijen (want wie zal een onregtvaardig, maar algemeen vooroordeel uitroeijen?) prijs te geven. Men zie TREILHARD, t. a. p., 567—570, en vooral ook DONKER CURTIUS, t. a. p., 196—203. Het grootste bezwaar, dat men tegen haar kan inbrengen, is, dat het huwelijk, dat te regt voor de heiligste aller overeenkomsten gehouden wordt, te ligtzinnig zou kunnen ontbonden worden; maar men kan aan die bedenking genoegzaam te gemoet komen door langdurige en kostbare procedures, vele en moeijelijke formaliteiten, bezwarende voorwaarden, enz., zoo als dit in art. 275—294 *C. N.* het geval was. Aan dit alles stellen alleen zij zich bloot, die waarlijk gegronde redenen hebben, en de weinige echtscheidingen bij onderlinge toestemming, die hier onder het beheer der Fransche wetgeving hebben plaats gehad, bewijzen wel, dat daarvan geen misbruik gemaakt is *a*). Men

---

a) De *Ned. Juristen-Vereeniging* besliste in 1882 met 54 tegen 11 stemmen,

is dan ook gelukkig bij de herziening van 1830 grootendeels van het vroeger aangenomen beginsel teruggekomen; want, niettegenstaande het schijnbaar zoo stellig verbod van art. 263, kan men niet zeggen, dat in het tegenwoordige wetboek de echtscheiding bij onderlinge toestemming geheel is afgeschaft, gelijk wij beneden *ad* § 172 zullen aantoonen. Zie meer hierover bij EVERTS, aangeh. *Comm.*, 38—47 *a*).

Bij de arrondissements-regtbank der woonplaats van den man. — Hieruit volgt, dat, zoo die woonplaats is in het buitenland, geene Nederlandsche regtbank bevoegd is van den eisch tot echtscheiding kennis te nemen; maar dat, in dat geval, dit alleen kan geschieden door den buitenlandschen regter.

1°. Volgens art. 229 en 230 *C. N.* kon de man altijd echtscheiding vragen wegens overspel zijner vrouw; de vrouw kon dat alleen, wanneer de man eene bijzit in de gemeene woning gehouden had. Men dacht bij deze onderscheiding onwillekeurig aan het gezegde van den Franschen blijspeldichter: *les plus forts ont fait la loi.* Het is waar, het overspel van de vrouw kan

---

dat de waarborging van de regten der vrouw, eischt dat echtscheiding ingevolge onderlinge toestemming worde toegelaten; *Hand.* 1882, II, bl. 75.

a) Belet het verbod van art. 263, dat het bestaan van de oorzaken in het volgend artikel vermeld, door de enkele bekentenis van den gedaagde bewezen worde? Hieromtrent heerscht noch in de regtspraak noch onder de schrijvers eenstemmigheid. Laatstelijk beslistte de hooge raad bij arrest van 22 Junij 1883, *W.* n°. 4924, in ontkennenden zin, hoofdzakelijk op grond, dat art. 1962 als regel stelt dat de geregtelijke bekentenis een volledig bewijs oplevert tegen dengene, die haar heeft afgelegd en dat daarop in zake van echtscheiding bij de wet geenerlei uitzondering is voorgeschreven, bepaaldelijk niet bij art. 263, omdat in zoodanig geval de bekentenis wel het gevolg van zamenspanning tusschen de echtgenooten kan zijn, maar niet met noodzakelijkheid behoeft te zijn. — Ik houd deze leer voor juist, indien men de bekentenis onder de bewijsmiddelen rangschikt. Meent men echter, dat de bekentenis minder als bewijsmiddel moet worden beschouwd, dan wel als eene handeling, waardoor hij, tegen wien eene vordering is ingesteld, zijne tegenpartij van den bewijslast ontslaat, waardoor hij er in toestemt, dat de vordering worde toegewezen, onverschillig of de grond waarop zij berust, al dan niet bestaat, dan kan, naar het mij voorkomt, in zake echtscheiding de enkele bekentenis niet als volledig bewijsmiddel worden aangenomen. Volgens de artt. 263 en 264 toch kan echtscheiding alleen plaats hebben, indien een der in laatstgenoemd artikel genoemde gronden bestaat, en op die bepaling, als betreffende de openbare orde, kan door geene handeling van den bijzonderen persoon inbreuk worden gemaakt.

voor de maatschappij en voor de openbare orde nadeeliger gevolgen hebben dan dat van den man; maar het is tevens waar, dat de echtscheiding in de eerste plaats ten behoeve der echtgenooten wordt uitgesproken; beiden zijn elkander getrouwheid verschuldigd, art. 158; beiden schenden dien pligt door overspel, de regten der vrouw worden door het overspel van haren man niet minder gekrenkt en beleedigd dan die van den man door dat van de vrouw. Zie voorts G. MATTHES, aangeh. *Diss.*, p. 3—5. Bij ons is die onderscheiding afgeschaft; het is voor de vrouw even als voor den man genoeg, het overspel te bewijzen. Dat voor het overige aan het overspel hier de gewone beteekenis moet worden gehecht van vleeschelijk verkeer met een ander dan met zijn echtgenoot, spreekt van zelven; en men kan alzoo niet aannemen met den schrijver in *Nieuwe Regtsg. Bijdr.*, III, 89—96, dat ook het *crimen nefandum*, of de zoogenaamde onnatuurlijke ontucht, die noch taal- nog regtskundig onder overspel begrepen is, grond tot echtscheiding zou kunnen opleveren. Men mag dit te minder, omdat die grond in het oorspronkelijk ontwerp opgenomen, daar, op de aanmerkingen in de afdeelingen, uitgeligt is. Zie meer *Opm. en Meded.*, IX, 161—168.

2°. Kwaadwillige verlating, *malitiosa desertio*, in het Fransche regt onbekend, was onder ons voormalig regt, op het voorbeeld van het Romeinsche (*Nov.* XXII, *cap.* 14) altijd eene gegronde reden tot echtscheiding geweest. VOET, *ad tit. D. de divort. et. repud.*, 9; DE GROOT, *Inl.*, 1, 5, 18, in de noot; U. A. A. VAN MENKEMA, *Diss. de divortiis praecipue de eo qu. fit. ob mal. des.*, L. B. 1827, p. 35—53. Hij die moedwillig de gemeene woonplaats, echtgenoot en kinderen verlaat, en die zich aan al zijne huwelijkspligten onttrekt, scheurt als het ware *via facti* den echtband los; en het huwelijk moet ontbonden worden. Zie ook REHBERG, 134.

3°. Onder den *C. N.* was de vraag ontstaan: of ook eene onteerende straf, vóór het huwelijk uitgesproken en waarvan de echtgenoot onkundig was gebleven, grond tot echtscheiding kon opleveren, omdat art. 232 slechts sprak van *condamnation de l'un des époux à une peine infamante?* Bij ons is deze vraag

beslist, door de bijvoeging der woorden: na het huwelijk uitgesproken. — Maar wat, als de veroordeeling tot onteerende straf is uitgesproken door een buitenlandschen regter? Kan ook op grond daarvan de echtscheiding worden gevorderd? Ja, volgens een arrest van het hof in Noord-Holland van 16 Maart 1843, *Regtsgel. Bijbl.*, V, 295—304, dat echter wordt bestreden, aldaar, VIII, 231—240, doch verdedigd bij OUDEMAN en DIEPHUIS, *Opm. en Mededeel. betr. het Ned. Regt*, II, 132—145, en *Vragen over Ned. Regt*, I, 12—24. Het mag waar zijn, dat zich misschien *in utramque partem* veel zeggen laat. Dat echter de wet overal, waar zij van een vonnis spreekt, noodzakelijk altijd bedoelt een vonnis van den Nederlandschen regter, dat onze wet in geen geval aan het vonnis van den buitenlandschen regter eenige kracht toekent, dat zijn stellingen die geheel onbewezen, en voor een groot gedeelte ook onjuist zijn. Daarmede laat zich buitendien de vraag niet beantwoorden. Alles komt eigenlijk ten slotte neder op deze eenvoudige vraag, of de wet in dit artikel onder vonnis, noodzakelijk alleen verstaat een Nederlandsch vonnis; en dan moet reeds dadelijk worden opgemerkt: 1°. dat het artikel spreekt in het algemeen van veroordeeling tot eene onteerende straf, en volstrekt geen onderscheid maakt, of die straf is uitgesproken door een Nederlandschen of door een vreemden regter; en 2°. dat hier volstrekt niet de rede is van tenuitvoerlegging van het vonnis van een buitenlandschen strafregter, die zeker in den regel geene plaats kan hebben; maar eenvoudig van een feit, dat zoowel door een vreemd als door een Nederlandsch vonnis kan bewezen worden; wat de wet als grond tot echtscheiding erkent, dat is het feit der veroordeeling tot onteerende straf, door wien ook uitgesproken, mits natuurlijk door een daartoe bevoegd gezag op de wettige wijze en in de wettige vormen; maar dit feit bestaat, onverschillig of het een Nederlandsche of een buitenlandsche regter was, die de veroordeeling uitsprak; en dat feit wordt geconstateerd door een vonnis, zoo wel van den vreemden als van den Nederlandschen regter. Eindelijk de *ratio legis;* welke is zij? Men wil den echtgenoot niet noodzaken de schande te deelen van

den misdadigen mede-echtgenoot; men wil niet, dat de onschuldige zal verpligt wezen zijn gansche leven door te brengen in gemeenschap met den dief, den moordenaar, den veroordeelden tuchteling of galei-boef; en bestaan die redenen minder, zijn zij niet even gewigtig, als het een vreemde regter was, die de straf uitsprak? *a*).

Het regt op echtscheiding gaat niet verloren door gratie, die wel de straf, maar niet het feit der veroordeeling opheft, en veel minder nog door de zoogenaamde rehabilitatie, die onze wet niet kent. Zie *Regtsg. Adv.*, VIII, 170—173 *b*).

---

a) De hier behandelde vraag is door de schrijvers in verschillenden zin beslist. Zie DIEPHUIS, *N. B. R.*, I, 215 vlg.; OPZOOMER, *B. W.*, II, 40 noot 1; ASSER, *Hdl.*, 279. Aan de tegenovergestelde leer, ook gehuldigd bij 's hoogen raads arrest van 2 Oct. 1851, *R.*, d. XL, § 1, sluit ik mij liefst aan. Het is volkomen waar, dat het artikel geen onderscheid maakt, of de straf door een Nederlandschen of door een vreemden regter is uitgesproken, de bepaling dus niet beperkt tot vonnissen van den Nederlandschen regter, maar die onderscheiding, die beperking volgen m. i. uit den aard der zaak. Het begrip van onteerende straf is een begrip, ontleend niet aan de natuur der zaken, maar aan de positieve wet die het schept. Het is zeer wel mogelijk dat eene straf, door verschillende wetgevingen bedreigd, naar de een wel, naar de ander niet een onteerend karakter draagt. Waar dus de Nederlandsche wetgever spreekt van eene onteerende straf, zal men moeten nagaan welke straffen hij als onteerend beschouwt. Daartoe behooren de straffen bedoeld bij de artt. 7 en 8 *C. P.*, en daar nu deze straffen alleen door een Nederlandschen regter kunnen worden opgelegd, kan eene veroordeeling door een buitenlandschen regter uitgesproken, nimmer aanleiding geven tot echtscheiding, krachtens art. 264, 3°.

Het valt intusschen niet te ontkennen, dat ook eene veroordeeling door den buitenlandschen regter uitgesproken in sommige gevallen tot echtscheiding moet kunnen leiden. Eene voorziening daaromtrent bevat het bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal bij Kon. boodschap van 12 Febr. 1873 aanhangig gemaakte wetsontwerp, houdende *wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek* (zitting 1882—83, n°. 152), waaromtrent vgl. art. 2 van het gewijzigd ontwerp en de m. v. toel., ad art. 1.

b) Vermits ingevolge art. 264, 3°., de vordering tot echtscheiding is gegrond op de veroordeeling tot eene onteerende straf, acht ik voor ons geldend regt, de meening van den Schr. der *Handl.* juist. Desniettemin is m. i. evenzeer te regt bij art. 3 van gemeld wetsontwerp voorgesteld het regt tot echtscheiding te doen vervallen, indien bij wege van gratie de uitgesproken straf wordt kwijtgescholden of vervangen door eene andere dan die vermeld in art. 2 van het ontwerp. De reden daarvan is, dat volgens dat ontwerp (m. v. toel. *initio* en m. v. beantw., ad artt. 2 en 3), de grond der echtscheiding is de scheiding der echtgenooten gedurende zeker tijdsverloop, als gevolg van de te ondergane vrijheidsstraf. In dat stelsel behoort het regt om echtscheiding te vorderen afhankelijk te zijn niet van de bij regterlijke uitspraak opgelegde straf, maar van de te ondergane straf.

Onteerende straf *a*).

4°. Deze woorden vervangen de al te onbestemde uitdrukking van *excès*, *sévices*, *ou injures graves*, van art. 231 *C. N.* Maar daaruit volgt nu ook, dat de bepaling niet verder mag worden uitgestrekt dan tot de hier genoemde verwondingen en mishandelingen; mindere mishandelingen, buitensporigheden en grove beleedigingen kunnen alleen grond opleveren tot scheiding van tafel en bed, art. 288. De regter oordeelt over den aard der verwondingen en mishandelingen. De uitdrukking: gevaarlijke wonden echter is vrij onbestemd. Wat zal men daaronder moeten verstaan? Zulke wonden, die den dood kunnen veroorzaken? Zeker niet, want deze zijn reeds onder de voorgaande woorden: waardoor diens leven wordt in gevaar gebragt, begrepen. Wat dan? Die welke eene langdurige of wel eene ongeneesselijke ziekte hebben veroorzaakt of kunnen veroorzaken? Ieder kan dit op zijne wijze begrijpen *b*).

§ 161. Op het enkel vertoon van dit vonnis moet de echtscheiding worden uitgesproken; daardoor wordt zelfs het overspel zoodanig bewezen, dat het tegenbewijs niet wordt toegelaten; en dit is, in zoo verre, eene uitzondering van den algemeenen regel van art. 1955, ter voorkoming van schandalen, waartoe zulk een nieuw onderzoek zou aanleiding geven *c*). De veroordeeling behoeft niet juist ter zake van overspel te zijn gevallen; het is ge-

---

a) In verband met het nieuwe strafwetboek, dat geene onteerende straffen kent, behoeft deze bepaling wijziging. Bij gemeld wetsontwerp is voorgesteld als grond tot echtscheiding aan te nemen eene veroordeeling wegens misdrijf tot eene vrijheidstraf van drie jaren of langer (bij het gewijzigde ontwerp van wet is dit verhoogd tot ten minste vier jaren).

b) In 1875 merkte de Schr. dezer *Handl.* hieromtrent op: „De jurisprudentie zal welligt aan die woorden eene andere beteekenis geven; voegde ik hierbij in de vroegere uitgaven. Tot nu echter is daarop te vergeefs gewacht; mij ten minste is geene leer der jurisprudentie daaromtrent bekend". Ook na dien tijd heeft voor zooverre mij bekend, de jurisprudentie zich daaromtrent niet geuit.

c) Teregt merkt de schrijver op dat dit, voor zooveel betreft de echtscheiding op grond van overspel, eene uitzondering is op art. 1955. Dit is niet het geval ten opzigte van de echtscheiding wegens veroordeeling tot eene onteerende straf. Daar is de grond, waarop de vordering berust, het feit der veroordeeling zelve en niet het misdrijf waarvoor veroordeeld is. Dat feit nu wordt, ingevolge art. 1905,

noeg, als, uit den aard der gepleegde misdaad, het overspel daarin van zelven ligt opgesloten, b. v. als een getrouwd man wegens verkrachting is veroordeeld. Verg. boven ad § 57, 4°. *f.* — Art. 265 heeft het beginsel van art. 261 *C. N.* tot het geval van overspel uitgestrekt, maar is overigens uit het Fr. artikel, voor zoo veel de veroordeeling tot eene onteerende straf betreft, bijna letterlijk overgenomen *a*); en het spreekt dan ook van zelven, dat men ook nu nog, even als vóór de invoering der nieuwe wetgeving, zich eenvoudig bij verzoekschrift te wenden heeft tot de regtbank, zonder dagvaarding, en zonder dat er eenige verdere oproeping of verhoor noodig zij. Onbegrijpelijk is het dan ook, hoe de arrondissements-regtbank te Amsterdam, bij een vonnis van den 6[den] Februarij 1839, medegedeeld in het *Regt in Ned.*, II, 13, heeft kunnen beslissen, dat men in dat geval zijne toevlugt moet nemen tot de wijze van procederen, voorgeschreven bij art. 816—828 W. van B. R. Uitvoerig vindt men dit vonnis bestreden in *Themis*, 1839, 136—147. Het is overigens vernietigd bij een arrest van 't Hof van Holland, van den 17[den] April 1839, te vinden in het *Regt in Ned.*, II, 51. — Zie ook *Regtsg. Bijbl.*, I, 91—93, 236, 237. Dit alles is onbepaald en altijd waar, indien de echtscheiding gevraagd wordt op grond van veroordeeling tot eene onteerende straf; indien echter de eisch gegrond is op overspel, geldt het voorschrift van dit artikel natuurlijk alleen voor het geval dat de overspelige echtgenoot werkelijk deswege door den strafregter is veroordeeld; doch moet, bij gebreke daarvan, een contradictoir regtsgeding op de gewone wijze gevoerd worden.

§ **162.** De volharding gedurende vijf jaren wordt gevorderd om alle zamenspanningen tusschen de echtgenooten voor te komen *b*).

---

vólledig bewezen door overlegging van het veroordeelend vonnis. Zeer teregt toont dan ook Mr. Opzoomer, *B. W.*, ad art. 265, aan, dat het 2[e] lid van dat artikel geheel overbodig is.

a) Met betrekking tot eene veroordeeling tot eene onteerende straf, zie boven, mijne noot ad § 160, 3°.

b) Volgens het slot van het eerste lid van art. 266 wordt vereischt eene volharding in de weigering om terug te keeren. Het bewijs daarvan zal op de gewone

§ **163** *a*).

§ **164**. 1°. De wet vooronderstelt die verzoening, wanneer de echtgenooten, nadat de vrouw, met verlof des regters, de gemeenschappelijke woning verlaten had (art. 267), weder te zamen wonen, art. 271. Ook dit is eene *praesumtio juris et de jure*, die dus voor geen tegenbewijs vatbaar is.

2°. Het doel der echtscheiding was eenig en alleen ontbinding van het huwelijk, hoezeer zij ook andere gevolgen zou gehad hebben. Door den dood van één van beiden is het huwelijk van zelven ontbonden, en het doel bereikt.

3°. Hij wordt daardoor geacht van zijnen eisch tot echtscheiding te hebben afgezien. VOORDUIN, II, 481.

Heeft aangevangen *b*).

4°. Daardoor houdt de reden op, die vroeger bestond. Ten einde echter voor te komen, dat de schuldige echtgenoot, door gedurigen terugkeer en voorgewend berouw, de regtmatige vordering verijdele, en het uitspreken der echtscheiding belette, is in art. 273 bepaald, dat, indien hij na terug te zijn gekeerd andermaal de gemeene woonplaats verlaat, de andere echtgenoot, zes maanden na de verlating, eene nieuwe vordering tot echtscheiding kan instellen en van de oude redenen kan gebruik maken, zonder dat, in dat geval, die vordering door eene wederterugkeering vervalle.

§ **165**. In den *C. N.*, artt. 264—266, had men, uitgaande

---

wijze geleverd kunnen worden. Een bepaald aanzoek door den verlaten echtgenoot om terug te keeren, vordert de wet niet. Intusschen wordt in de praktijk zekerheidshalve de dagvaarding meestal voorafgegaan door eene sommatie om terug te keeren. De niet-voldoening daaraan is dan een zeker bewijs van de volharding.

a) Volgens art. 270, al. 2, zijn alle akten van de man, waardoor de regten van de vrouw opzettelijk verkort worden, nietig. Voldoende is dus dat de man ter opzettelijke verkorting van de regten zijner vrouw gehandeld heeft, en wordt niet bovendien vereischt de kwade trouw van hem, met wien de man gehandeld heeft. Anders beslistte de hooge raad bij arrest v. 4 Dec. 1874, *W.* n°. 3796, welke beslissing op m. i. afdoende gronden wordt bestreden door Mr. A. P. TH. EYSSELL in *Themis* 1875, bl. 373 vlg.

b) Door het instellen der vordering heeft hij zijne keuze geopenbaard, en uit tegenzin tegen de echtscheiding, verbiedt de wet hem nu later op denzelfden grond echtscheiding te vragen. Hij verliest dat regt door de gedane keuze, en dus ook dan wanneer de vordering tot scheiding van tafel en bed wordt ontzegd.

van het beginsel, dat hij, die het huwelijk sluit, ook de ontbinding daarvan moet uitspreken, bepaald, dat de regter slechts het verlof verleende tot echtscheiding, doch dat de partijen, of ééne harer voor den ambtenaar van den burgerlijken stand moest verschijnen, om die te doen uitspreken. Bij ons is het anders: de regter spreekt de echtscheiding uit, en het vonnis, waarbij dit geschied is, wordt in het belang van derden, die daarvan kennis moeten dragen, in de registers van den burgerlijken stand ingeschreven.

§ **167.** 5°. Dat de uitkeeringen enz. Art. 299 *C. N.* sprak alleen van voordeelen aan hem, tegen wien de echtscheiding was uitgesproken, door zijnen echtgenoot besproken, en daardoor was verschil van gevoelen ontstaan over de vraag, of hij ook verloor de voordeelen, hem door derden bij huwelijksche voorwaarden toegezegd, en die vraag is hier ontkennend beslist, omdat de echtscheiding alleen tusschen echtgenooten werkt, en aan anderen geen voordeel moet aanbrengen.

§ **168.** 1°. De hooge raad besliste bij arrest van 8 November 1872, bij VAN DEN HONERT, *W.* n°. 3524, Afd. *B. R.*, XXXVII, 165—173, dat de regter zelfs ambtshalve, en al is de gedaagde niet verschenen, de plaatsing der kinderen bij derden kan bevelen.

Anders mogt beschikken *a*).

---

a) Dit kan hij alleen bij het uitspreken der echtscheiding. Later is hij daartoe onbevoegd. Anders VAN HALL t. a. p., I, bl. 297.

TITEL XII.

VAN DE SCHEIDING VAN TAFEL EN BED.

(Artt. 288—304. EERSTE GEDEELTE, § 170—178, bl. 75, 76.)

Geschriften: ASSER, 132—139; VOORDUIN, II, 479—501; VAN DER VOORT, I, I, 250—259; DIEPHUIS, II, 60—81; OPZOOMER, I, 140—153; OPZOOMER, B. W., II, 93—116; VAN HALL, 298—305; DIEPHUIS, *N. B. R.*, IV, 454—489; ASSER, *Handl.*, I, 292—300; DONKER CURTIUS, 211—214; *Regtsg. Bijdr.*, IV, 534, 535; L. ASSER, *Diss.* 115—120.

§ **170.** 1°. Dus ook ter zake van kwaadwillige verlating; men zou kunnen meenen, dat zij, vermits daardoor toch reeds de zamenwoning heeft opgehouden, overtollig ware. Dit is echter het geval niet. De vrouw kan er groot belang bij hebben, dat de gemeenschap van goederen ophoude, en dat zij het beheer harer goederen terugkrijge, artt. 298, 299. — Voor den man is het van belang de scheiding te doen uitspreken, omdat hij daardoor het regt verkrijgt de kinderen, die zijne vrouw later ter wereld brengt, te ontkennen, art. 305, 309; en voor beiden is het van gewigt, dat ook de wettelijke verpligting van zamenwoning ophoudt, die door de kwaadwillige verlating slechts tijdelijk en feitelijk is verbroken.

2°. Onze wet wil onder die uitdrukking hetzelfde verstaan hebben als de *excès, sévices ou injures graves* van art. 231 *C. N.* (zie boven *ad* § 60, n°. 3); maar zij verdient dan ook hetzelfde verwijt als het artikel van den *Code*, van namelijk in hare uitdrukking zeer onbestemd en onduidelijk te zijn. Mishandeling en beleediging zijn woorden, die een bepaald denkbeeld uitdrukken, ofschoon de regter altijd zal moeten oordeelen over de meerdere of mindere grofheid dezer laatste; maar anders is het met buitensporigheid, dat, vooral, indien het iets anders zijn moet èn als mishandeling, èn als beleediging, een zeer weinig bestemd begrip uitdrukt. Maar wat daar dan ook onder begrepen moet worden, zoo veel schijnt zeker, dat ook daarbij moet ge-

dacht worden aan physieke beleediging tegen den persoon van den mede-echtgenoot, en niet aan buitensporigheid in het beheeren, verteren, gebruiken of verspillen der goederen. Aan dit laatste kan de vrouw zich regtens niet schuldig maken, en de man heeft andere middelen om haar dat te beletten. De vrouw kan zich deswege tegen den man in regten alleen beklagen, in de gevallen van art. 241; maar dan ook geeft dat haar alleen regt om scheiding van goederen, niet om die van tafel en bed te vragen. Zoo begrepen het ook de Fransche schrijvers, zoo als TOULLIER, II, 672, DURANTON, II, 550. Verg. vooral OUDEMAN en DIEPHUIS, *Opm.* III, 97—107, die zich op zeer juiste gronden o. a. beroepen op de geschiedenis van art. 231 *C. N.* Zie ook een vonnis van de arrondissements-regtbank te Leiden van 19 Jan. 1847, *Weekbl.* 798, waarbij aan het woord buitensporigheid eene veel ruimer beteekenis gegeven wordt *a*).

§ **172.** Wij hebben reeds boven *ad* § 160 gezegd, dat de wet, niettegenstaande het verbod van art. 263, toch eene soort van echtscheiding bij onderlinge toestemming toelaat. Zie hier hoe. De scheiding van tafel en bed kan door onderlinge toestemming worden uitgesproken, art. 291; vijf jaren later moet, wanneer beide echtgenooten dat verkiezen, het huwelijk worden ontbonden. Het is waar, deze ontbinding staat niet in alles gelijk met eene gewone echtscheiding, omdat de voorwaarden door de echtgenooten vóór het vragen der scheiding, ten opzigte hunner goederen en hunner kinderen geregeld, ook nà die ontbinding blijven bestaan, art. 261, 292. Dit echter brengt wel eenig verschil in de gevolgen, doch niet in de zaak te weeg; en het is inderdaad eene echtscheiding bij onderlinge toestemming, die echter in vele op-

---

a) Omtrent de beteekenis van het woord buitensporigheden heerscht ook thans nog groot verschil van gevoelen. Het geregtshof te Arnhem besliste bij arr. v. 17 April 1880, *W.* n°. 4535, dat daaronder slechts te verstaan zijn zoodanige handelingen van den eenen echtgenoot jegens den anderen, die, zonder eigenlijke mishandelingen of grove beleedigingen te zijn, niettemin, de omstandigheden van het concreet geval in aanmerking genomen, de zekerheid voor leven of gezondheid of ook de eer van den echtgenoot, tegen wien zij gerigt zijn, ernstig bedreigen, en dat daaronder niet is te begrijpen elke verkeerde gedraging van den eenen echtgenoot jegens den anderen. Anders OPZOOMER, het *B. W.*, ad art. 288, § 2, die op taalkundige gronden betoogt, dat het laatste wel onder het begrip buitensporigheden valt.

zigten van de Fransche verschilt: 1°. vordert onze wet een veel langer tijdsverloop, en daarentegen minder formaliteiten; 2°. vordert onze wet niet zooals de Fransche (art. 278 *C. N.*), de toestemming, maar alleen het verhoor der bloedverwanten in de opgaande linie, art. 257; 3°. hangt de scheiding van tafel en bed, die de echtscheiding altijd moet voorafgaan, niet geheel van het goedvinden der echtgenooten af, maar kan die door den regter worden geweigerd, waarover meer beneden, *ad* § 174. Zie voorts EVERTS, aangeh. *Comm.*, 38—49, 88—91.

§ **173.** 1°. Gedurende twee jaren *a*).

2°. Men heeft hiermede alle geschillen over geldelijke aangelegenheden tusschen gescheiden echtgenooten willen voorkomen. — Maar wat, indien de echtgenooten volstrekt geene goederen hebben, en dus daarover geene schikkingen kunnen maken? *impossibilium nulla obligatio est.* L. 187 *D. R. J.;* en hoe algemeen dan ook het bevel der wet zijn moge, in dat geval moet dit vereischte noodwendig van zelve vervallen. Zoo besliste ook het hof in Zeeland bij een arrest van 11 Julij 1845, *Regtsg. Bijbl.*, VIII, 135—140 *b*).

§ **174.** Moet de scheiding worden uitgesproken, wanneer het huwelijk meer dan twee jaren bestaan heeft, en voor het overige aan al de formaliteiten voldaan is? Men zou dit misschien uit de woorden van art. 291—295 eenigzins kunnen opmaken, ofschoon eerstgemeld artikel alleen zegt, dat zij kan plaats hebben, maar uit de toelichtingen van regeringswege gegeven blijkt het tegendeel duidelijk. De regter moet de redenen, door de partijen tot staving van haar verzoek bijgebragt, onderzoeken, en dan, naar bevind van zaken, de scheiding toestaan of weigeren. Maar wat, als de echtgenooten geene bepaalde oorzaak hebben opgegeven, zoo als zij dit niet behoeven te doen, volgens art. 291? De regter kan dan zeker wel geene oorzaak onderzoeken. De scheiding blijft echter facultatief; noch het artikel, noch de zoo

---

a) Algemeen wordt aangenomen dat reeds tijdens de aanvrage der scheiding, de echtgenooten twee jaren gehuwd moeten zijn geweest.

b) Anders echter DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a p., 469.

even gemelde verklaring onderscheidt. Zie ook *Nieuwe Regtsg. Bijdr.*, I, 461—469; anders echter *eod.* 591—600; II, 50—55, en *Opm. en Meded.*, VII, 249—296 *a*). Dat het verzoek moet worden ontzegd, indien de echtgenooten nog geene twee jaren gehuwd zijn *b*), of indien niet aan al de formaliteiten voldaan is, spreekt voor het overige van zelve *c*).

§ **176**. 3°. Opgeschort *d*).

§ **177**. De schuldeischers kunnen zich niet, even als bij eene enkele scheiding van goederen (art. 243, 247), tegen de scheiding van tafel en bed verzetten; hier wordt niet over een geldelijk belang getwist; en de scheiding van goederen is hier niet het eigenlijke onderwerp, doch slechts een noodzakelijk gevolg der gedane vordering; zij kunnen alleen bij de verdeeling der goederen van de gemeenschap voor hunne belangen waken, artt. 183, 1117.

§ **178**. Door de verzoening der echtgenooten *e*).

---

a) Het tegenovergestelde wordt tegenwoordig vrij algemeen aangenomen, hoofdzakelijk op grond dat de echtgenooten bij hun verzoek nimmer eenige bepaalde oorzaak behoeven op te geven en dus ook niets hun verpligt de ware oorzaak te vermelden.

b) Zie de noot op § 173, 1°.

c) De regter mag het verzoek bovendien ontzeggen, op grond dat hij de overeenkomst, bij art. 292, al. 1, bedoeld, onvoldoende acht.

d) De mogelijkheid tot verzoening bestaat. Heeft deze plaats, dan herkrijgt de man het beheer van die goederen.

e) Het tot stand komen daarvan kan door de gewone bewijsmiddelen bewezen worden. Eene opzettelijke acte van verzoening achtte de Regering niet noodig. (VOORDUIN, II, bl. 501).

TITEL XIII.

VAN HET VADERSCHAP EN DE AFSTAMMING DER KINDEREN.

(Artt. 305—344. EERSTE GEDEELTE, § 179—202, bl. 76—80.)

Geschriften: ASSER, 139—156; VOORDUIN, II, 501—569; VAN DER VOORT, I, 1, 260—288; DIEPHUIS, II, 82—165; OPZOOMER, I, 153—172; OPZOOMER, *B. W.*, II, 117—197; VAN HALL, 306—321; DIEPHUIS, *N. B. R.*, V, 12—175; ASSER, *Handl.*, I, 300—332; DONKER CURTIUS, 214—223, 231—242; *Regtsg. Bijdr.* V, 212, 213.

Wettige kinderen.

§ **179**. Wie moeder is van een kind kan niet onzeker zijn, indien men slechts weet, wie het heeft ter wereld gebragt, *mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit. L.* 5. *D. de in jus voc.* Wie daarentegen de vader is, valt nooit met volkomen zekerheid te bewijzen, en de regel: *pater is est, quem nuptiae demonstrant*, berust eigenlijk slechts op een vermoeden. Een vermoeden echter, dat de wet in het belang van de openbare orde, van de goede zeden en van de rust der familiën tot waarheid moet verheffen, zoo als het dan ook altijd en overal aangenomen is, behoudens enkele uitzonderingen, die ook onze wet in dezen titel toelaat, doch die juist, omdat het uitzonderingen zijn van eenen algemeenen regel in het belang der openbare orde vastgesteld, van zeer strikte uitlegging zijn, *L.* 5 *D. de in jus voc.; l.* 19 *D. de stat. hom.; l.* 6 *D. de his qui sunt sui jur.;* DE GROOT, *Inl.*, I, 12, 3; VOET, *ad tit. D. de his qui sunt sui jur.*, n°. 4, art. 312 *C. N.*, enz. Zie ook C. R. F. BRAAMS, *Diss. de jur. princ. pater est, etc.*, L. B. 1831.

Geboren. Al is het kind slechts één oogenblik na het voltrekken van het huwelijk geboren, is het wettig, tot het tegendeel is bewezen, in de gevallen waarin, en op de wijze waarop de wet dat tegenbewijs toelaat. Ons art. 305 is vollediger dan

het aang. art. 312 *C. N.*, dat alleen spreekt van *enfant* CONÇU *pendant le mariage*, ofschoon de bedoeling daar dezelfde was, zoo als blijkt uit dit en de volgende artikelen.

§ 180. Er is geen zekere bepaalde tijd, gedurende welken de vrouw hare vrucht draagt. De wet heeft dus hier den langstmogelijken moeten vaststellen, zijnde 300 dagen of 10 maanden: *post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam heriditatem;* als kortste tijd der zwangerschap stelt de wet 180 dagen. Het één en het ander is overgenomen van de Romeinsche regtsgeleerden, die zich daarbij beroepen op het gezag van HIPPOCRATES. Zie *L.* 3, § 11, 12, *de suis et legit. hered.* Langer dan 300 dagen kan de zwangerschap niet duren; het kind, dat 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk geboren wordt, kan onmogelijk staande huwelijk verwekt zijn; de zoo even vermelde regel houdt op van toepassing te zijn, en het kind is onwettig. Art. 315 *C. N.* zeide alleen, dat de wettigheid van zulk een kind kon betwist worden; waaruit letterlijk volgt, dat het voor wettig moet gehouden worden, zoo lang de man, zijne erfgenamen, of, wil men het artikel in den ruimsten zin nemen, een ander die daarbij belang heeft, de wettigheid niet betwist, al is het ook 10 jaren na de ontbinding van het huwelijk geboren. De Fransche schrijvers, die de ongerijmdheid dezer stelling gevoelden, hebben zich veel moeite gegeven om te betoogen, dat het kind, in dat geval, *ipso jure* onwettig is, maar zonder de beteekenis der woorden van art. 315 geweld aan te doen, ging dit moeijelijk. DELV., II, 3—5; TOULLIER, I, 828.

§ 181. De wet geeft de actie *en désaveu* aan den man, en, in sommige gevallen, na zijnen dood, aan zijne erfgenamen (art. 312, 313); maar gedurende zijn leven kan dat regt door niemand anders dan door hem worden uitgeoefend, zelfs niet door den curator, indien hij ter zake van krankzinnigheid is onder curatele gesteld; wij zagen reeds boven *ad* § 179, dat de geheele actie als uitzondering op den gewonen regel strikt moet worden uitgelegd. Te vergeefs zegt men, dat de onder curatele gestelde gelijk staat met den minderjarige, art. 506; want daaruit volgt nog niet noodzakelijk, dat de curator alle dezelfde regten moet

hebben, die den voogd toekomen, veel minder nog, dat de curator in alle de persoons- en familieregten van den krankzinnige treedt; maar er volgt ten hoogste uit, dat de curandus, zoo lang hij krankzinnig is, zelf de actie niet kan instellen, en dat zal wel niemand betwisten *a*). Bovendien ook de voogd kan die actie niet hebben voor zijnen minderjarige; immers de minderjarige kan nooit in het geval komen om de wettigheid van een kind te ontkennen, om de eenvoudige reden, dat men, om die actie te hebben, moet getrouwd zijn, en dat de getrouwde altijd meerderjarig is, art. 385. Zie meer hierover *Regtsg. Adv.* III, 79—83.

1°. 180 dagen worden door de wet gesteld voor den kortstmogelijken tijd der zwangerschap. Vroeger daarentegen was de kortste tijd zeven en de langste elf maanden, in Holland; in Friesland werd zelfs het kind in de twaalfde maand na den dood des vaders geboren voor wettig gehouden. De Groot, *Inl.*, I, 12, 3; Voet, t. a. p. Onze wet rekent, op het voorbeeld der Fransche, bij dagen, omdat niet alle maanden even veel dagen hebben en mitsdien de berekening bij maanden tot moeijelijkheden aanleiding zou kunnen geven.

Het kind staande huwelijk geboren wordt alleen krachtens een vermoeden der wet voor wettig gehouden; doch dit vermoeden zwicht hier voor de onmogelijkheid, dat het gedurende het huwelijk zou verwekt zijn: *praesumtio cedit veritati.*

En levend ter wereld is gekomen *b*).

a. b. Beide uitzonderingen berusten op de vooronderstelling, òf dat de man werkelijk de vader van het kind is, en het door

---

a) Anders Opzoomer, *B. W.*, II, 145—147 en Diephuis, *N. B. R.*, V, 28 en 29.

b) Is dit niet het geval, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan, art. 3, al. 2. Niemand heeft dan belang bij de betwisting van de wettigheid, en er is geen partij tegen wie de vordering zou kunnen gedaan worden, omdat aan een kind, dat regtens geacht wordt nooit te hebben bestaan, geen voogd kan worden toegevoegd, art. 315. — Opzoomer, *B. W.*, d. II, bl. 142, leidt hieruit de m. i. juiste gevolgtrekking af, dat hetgeen hier alleen ten opzigte van de ontkenning van art. 306 bepaald is, *ob paritatem rationis*, ook ten opzigte van die van de artt. 307, 308 en 309 moet gelden.

het opvolgend huwelijk heeft willen wettigen; òf dat hij van zijn regt om het kind te *désavoueren* heeft afgezien; en het als het zijne heeft aangenomen.

2°. Want, daar het kind noodzakelijk in dien tusschentijd moet verwekt zijn, is het alweder onmogelijk, dat hij daarvan de vader is.

Zonder, enz. Men heeft dit bewijs in het Rom. en oud-Hollandsch regt toegelaten (DE GROOT, t. a. p., *l.* 6 *D. de his qui sui jur. sunt*), bij ons op het voorbeeld van art. 313 *C. N.*, uit hoofde der ergerlijke en met de goede zeden strijdende processen, waartoe het aanleiding geeft, verboden. De man, die, in zulk eenen toestand verkeerende, een huwelijk aangaat, pleegt een schandelijk bedrog en verdient de bescherming der wet niet meer, hij heeft zich blootgesteld aan het kwaad, dat hem overkomt: *habet quod sibi imputet.* Men merke echter op, dat de wet alleen spreekt van natuurlijke en niet van toevallige (*accidentele*) onmagt, uit ziekte, verwonding, enz. ontstaan; deze mag de man bewijzen, en op grond daarvan de wettigheid van een kind betwisten; want hij is daardoor geweest in de natuurlijke onmogelijkheid om met zijne vrouw gemeenschap te hebben.

3°. Want, niettegenstaande het overspel, blijft het nog altijd mogelijk, dat de man, indien hij met zijne vrouw geleefd heeft, de vader is van het kind: *non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, cum possit, et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse. L.* 11, § 9 *D. ad leg. Jul. de adult.* Maar heeft de vrouw daarenboven de geboorte van het kind verborgen gehouden, en alzoo stilzwijgend hare schuld erkend, dan staan twee vermoedens tegen den regel *pater est, etc.* over: 1°. het overspel; 2°. het verbergen der geboorte; maar ook dan nog is de wet der wettigheid zoo gunstig, dat het vermoeden daarvan niet kan worden vernietigd, voordat de man het bewijs tot volkomen zekerheid brengt, dat hij de vader van het kind niet is *a*). Om tot dit bewijs

---

a) Tot volkomen zekerheid kan de vader het bewijs alleen brengen in een der

te worden toegelaten is het echter niet noodig, dat de geboorte opzettelijk voor hem zij geheim gehouden. Genoeg is het, dat hem daarvan geene kennis is gegeven, en dat zij dus voor hem is verborgen gehouden. Zie *Nieuwe Bijdr.*, III, 567—575.

4°. Deze bepaling komt in den *C. N.* niet voor. De reden daarvan is, dat, nadat de zamenwoning door de scheiding van tafel en bed is geëindigd, het vermoeden van het vaderschap van den man ophoudt en plaats maakt voor de veel grooter waarschijnlijkheid, dat het kind door een ander verwekt is. In dat geval heeft de man niets te bewijzen: de eenvoudige vertooning van het vonnis waarbij de scheiding is uitgesproken, is genoeg, behoudens voor de vrouw het regt om het tegendeel te bewijzen.

§ 182. Die termijnen zijn over het algemeen zeer kort, omdat de burgerlijke staat van een kind eene te gewigtige zaak is, om lang in het onzekere te kunnen gelaten worden.

§ 183. Die voogd moet aan het kind worden toegevoegd, ook dàn, wanneer het uit hoofde van het overlijden van één zijner ouders reeds onder voogdij is; de wet verlangt in ieder geval eene bijzondere benoeming voor deze zaak.. Niets belet echter, dat daartoe de voogd van den minderjarige bijzonderlijk benoemd worde, vermits de wet hem niet uitsluit. Wanneer evenwel het kind reeds meerderjarig is, kan het zijn eigen regt verdedigen, en komt mitsdien de benoeming van den voogd niet te pas; de wet had hier klaarblijkelijk op het oog het meest gewone geval, dat van minderjarigheid. De voogd eindelijk wordt benoemd door den kantonregter; de wet kent geene andere datieve voogdij, art. 413; en aan wettige voogdij of aan benoeming door vader of moeder valt hier natuurlijk niet te denken *a*).

---

gevallen van art. 307. Maar dan ook zou hij hieraan genoeg en een beroep op overspel en geheimhouding niet noodig hebben. Men moet dus aannemen dat hier naar de bedoeling des wetgevers, voldoende is eene hooge mate van waarschijnlijkheid. Of en zoo ja wat daartoe gevorderd wordt, behalve het verborgen houden van de geboorte en het overspel ten tijde dat het kind verwekt moet zijn, nl. tusschen den 300sten en den 180sten dag vóór de geboorte, dit zijn vragen waarover de meeningen zeer uiteenloopen. Zie *in utramque partem*, OPZOOMER *B. W.*, ad art. 308, en DIEPHUIS, *N. B. R.*, d V, bl. 39—45.

a) Bij beschikking van de regtbank te Amsterdam van 9 April 1877, *W.* n°. 4129, is de bevoegdheid ten deze van den kantonregter stilzwijgend erkend.

En moet de moeder, enz. Omdat hare eer en haar goede naam in de zaak betrokken zijn.

Het schijnt dan ook, dat zij geene magtiging behoeft, om deswege in regten te staan. Van haren man zou zij die niet kunnen vergen, omdat hij als hare tegenpartij te beschouwen is; en men achtte het waarschijnlijk overbodig, die te vorderen van den regter, omdat het van zelf spreekt, dat deze haar nimmer zou kunnen weigeren. In allen gevalle, ware het anders, de wet zoude er noodwendig in voorzien hebben.

§ **184.** Dat hier alleen gesproken wordt van de afstamming, niet van de wettigheid der kinderen, is duidelijk. Het kind bewijst in alle deze drie gevallen wel, dat het het kind is van A. of B.; maar de mogelijkheid zijner onwettigheid is daardoor volstrekt niet uitgesloten. Nam men dit ook niet aan, deze artikelen zouden in bepaalden strijd zijn met art. 157, dat voor het bewijs van den staat van wettig kind meer vordert *a*).

2°. Art. 317 noemt alleen de voornaamste omstandigheden, die dat bezit daarstellen, als voorbeelden op, en het bewijs moet derhalve niet daartoe beperkt worden. Die voorbeelden zijn bloot *enuntiatief;* en of het bezit van staat door andere omstandigheden voldoende is bewezen, wordt derhalve aan het oordeel van den regter overgelaten.

3°. Wat de wet in het algemeen verstaat onder begin van bewijs door geschrift, zie art. 1939; wat daarvoor hier gehouden wordt, leert art. 320, namelijk familiebescheiden, registers en huisselijke papieren van den vader of van de moeder, acten afkomstig van iemand, die in het geschil betrokken is, of, nog in

---

a) Het is volkomen juist dat hier gehandeld wordt over de afstamming. Intusschen niet over elke afstamming, maar alleen over die van kinderen die hunne wettigheid beweren, of gelijk de wet zich minder juist uitdrukt, van wettige kinderen. Zeer juist drukt dit uit MARCADÉ, III, 28: „Ce n'est pas seulement pour les enfants qui sont légitimes que les preuves de notre chapitre sont organisées; c'est pour tous ceux qui, jusqu'à la preuve du contraire, peuvent se prétendre légitimes, c'est-à-dire pour tous ceux qui sont conçus ou nés en mariage". Het bewijs loopt dan over de geboorte uit eene vrouw onder zoodanige omstandigheden dat deze, krachtens art. 305, en behoudens het tegenbewijs aan het slot van art. 321 bedoeld, als eene wettige te beschouwen is.

leven zijnde, daarbij belang zou hebben gehad. De bepaling van dit artikel is nogtans *limitatief*, zoodat geene anderen dan de hier bedoelde geschriften als begin van bewijs kunnen worden toegelaten.

§ **185**. Onverminderd echter het regt van het openbaar ministerie om bij den crimineelen regter eene beschuldiging aan te vangen wegens verduistering van staat, mits er een begin van bewijs door geschrift zij, over het aanwezen waarvan reeds aanvankelijk is beslist, art. 323; want het stilzitten der partijen over hare burgerlijke belangen kan de bestraffing van den misdadiger niet beletten, evenmin als hare dading, art. 1890.

Het bestaan van een begin van bewijs bij geschrift is daartoe echter een noodzakelijk vereischte, eene *conditio sine qua non;* en het openbaar ministerie is zonder dat in de straf-actie niet ontvankelijk, onverschillig of er al of niet waarschijnlijkheid bestaat, dat er nu of later eene burgerlijke actie, wegens verduistering van staat, zal worden ingesteld, ja zelfs, al ware het zeker, dat dit niet geschieden zal. De onderscheiding, daaromtrent voorkomende bij DE BOSCH KEMPER, *Wetb. van Strafv.*, I, 79, 80, is geheel buiten de wet en daarom onaannemelijk. Over het aanwezen van het begin van bewijs moet voor het overige reeds aanvankelijk zijn beslist, namelijk door den burgerlijken regter; dit spreekt van zelf, en is op goede gronden alzoo aangenomen bij een zeer merkwaardig arrest van den hoogen raad van 14 April 1840, VAN DEN HONERT, Afd. *Strafr. en Strafv.*, I, 93—133 *a*).

Onwettige kinderen.

§ **188**. Onwettige kinderen noemde men in het oud-Hollandsch regt kevis-kinderen of bastaarden. Natuurlijke kinderen heetten speelkinderen; overspelige, overwonnene of overwonnen bastaarden. DE GROOT, *Inl.*, I, 12, 1—6; ontwerp van 1820, art. 527—530.

---

a) In gelijken zin beslistte de hooge raad bij arr. v. 19 Mei 1880, *W.* n°. 4522. Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 100 en 101.

Erkenning.

Op het voorbeeld van den *C. N.* wordt in ons wetboek eerst gehandeld over wettiging en daarna over erkenning. Het tegenovergestelde had plaats in het ontwerp van 1820. En wanneer men bedenkt, dat de wettiging altijd door eene erkenning moet worden voorafgegaan, en de wettiging een gevolg is van de erkenning; dat men derhalve eerst dient te weten, wat erkenning is, hoe deze geschiedt, enz., alvorens de wettelijke voorschriften over wettiging te kunnen begrijpen; en dat daarentegen de erkenning geheel op zich zelve kan staan, zonder door wettiging te worden voorafgegaan of gevolgd, dan zal men het eens zijn, dat de orde van het ontwerp, die tevens die was van het wetboek *Napoleon voor het Kon. Holl.*, hier gevolgd, regelmatiger is.

§ 191. De ambtenaar van den burgerlijken stand, ten wiens overstaan in den regel de erkenning plaats heeft, vervult daarbij alleen de rol van ***instrumenterend*** ambtenaar, die ***relateert***, wat hem door partijen wordt opgegeven en verklaard. Daaruit volgt, dat hij, in geen geval, de wettigheid van de erkenning mag onderzoeken en beslissen, en het opmaken der acte weigeren. Dat zou ook bovendien wel aanleiding kunnen geven tot velerlei moeijelijkheden, maar geen nut hoegenaamd hebben. Vooreerst toch zou door zijne weigering de erkenning niet belet kunnen worden, omdat die geschieden kan bij iedere authentieke acte. Maar ten andere blijft, bij onwettige erkenning, het regt bij art. 341 aan alle belanghebbenden gegeven onverkort, om die te betwisten, en de nietigheid er van door den regter te doen uitspreken. Datzelfde artikel geeft het antwoord op eene andere vraag: wat namelijk het regtsgevolg is van eene erkenning door iemand, die de vader of de moeder van het kind niet is, of niet zijn kan? Het is duidelijk, dat vooral in onze wet, die alle *adoptie* uitsluit, de erkenning moet berusten op waarheid en niet op fictie; alle de bepalingen dezer afdeeling spreken dan ook in de vooronderstelling, dat zij alleen geschiedt door den vader of door de moeder, zoodat de filiatie moet voorafgaan

aan de erkenning, omdat de laatste niets anders doet dan de eerste wettig te constateren. De erkenning derhalve van een vreemd kind is in strijd met of eene ontduiking van de wet. Daaruit volgt nu wel niet, dat zij van regtswege nietig is; de wet zegt dat nergens. Maar art. 341 is algemeen; alle erkenning, en dus zeer zeker ook die welke onwettig en verboden is, kan worden betwist door alle belanghebbenden. Of daaruit nu ook volgt, dat de erkennende vader of moeder zelf tegen zijne eigen handeling kan opkomen, is meer bedenkelijk; want het is vrij duidelijk, dat het artikel niet op hen, maar alleen op derde belanghebbenden het oog heeft. Zie over dat alles meer *Themis*, 1850, 551—571 *a*).

In de *Nieuwe Regtsg. Bijdr.*, VI, 318—339, komt een betoog voor, dat de erkenning van een natuurlijk kind, na zijnen dood, terugwerkt tot op den dag der geboorte, met dat gevolg, dat de erkennende vader daardoor regt krijgt op de nalatenschap van het natuurlijk kind. De eerste stelling mag juist zijn, in het geval, wanneer de erkenning na den dood wordt toegelaten, wanneer namelijk het kind afkomelingen heeft nagelaten; maar dan ook werkt de erkenning uitsluitend in het voordeel van die afkomelingen. Hieruit blijkt reeds van de onjuistheid der gevolgtrekking: de geheele erkenning is niet geoorloofd, als het kind zonder nakomelingschap is overleden. De erkenning is eene gunst voor het kind en voor zijne afkomelingen; maar mag niet misbruikt worden, na zijnen dood, door den eerste den beste, al ware hij zelfs zijn vader niet, om zich meester te maken van zijne nalatenschap, gelijk dat dan ook op goede gronden beslist is bij een arrest van den hoogen raad van 9 Februarij 1855, VAN DEN HONERT, Afd. B. R., XIX, 57—63 *b*).

4°. Het behoeft dus niet juist eene akte *ad hoc* te zijn, regtstreeks en bepaaldelijk tot die erkenning opgemaakt, zoo als som-

a) OPZOOMER, *B. W.*, d. II, bl. 182 en DIEPHUIS, *N. B. R.*, d. V, bl. 128, achten dit wel geoorloofd.

b) In gelijken zin OPZOOMER, *B. W.*, d. II, 175. Anders echter DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a p., 107 en 108.

migen uit de woorden van art. 334 *C. N.* hadden afgeleid; ons artikel zegt duidelijk: door ALLE authentieke akten. Het is derhalve genoeg, dat de erkenning geschied zij bij eene akte van schenking, bij eenen uitersten wil, enz., mits maar het kind daarin met ronde en duidelijke woorden erkend zij; mits maar in ieder geval de erkenning uitdrukkelijk geschied zij; stilzwijgende erkenning kent de wet niet, zoo min van de moeder als van den vader, zoo als op goede gronden betoogd is in *Regtsg. Adv.*, I, 40—43. Zoo zal b. v. in het geval van art. 339 de eenvoudige verklaring der vrouw, dat zij toestemt in de erkenning van een natuurlijk kind door den man, niet gelden kunnen als erkenning van dat kind van hare zijde, hoe waarschijnlijk daaruit ook de bedoeling moge worden afgeleid om het kind voor het hare te erkennen. Eene uitdrukkelijke erkenning toch is dit niet. Anders echter, arrest van den hoogen raad van 13 Januarij 1854, te vinden in de *Ned. Regtspr.*, XLVI, § 79. De kamer van strafzaken van den hoogen raad daarentegen oordeelde bij een arrest van 2 Februarij 1874, *Weekbl.* n°. 3695, in eene geheel gelijksoortige zaak juist in tegenovergestelden zin en besliste daarbij tevens, dat de erkenning niet anders kan geschieden dan uitdrukkelijk. Wanneer echter de erkenning geschied is bij een uitersten wil, die door den erflater, vóór zijnen dood is herroepen, dan vervalt zij met de herroeping. De erkenning toch kan, als een deel van den uitersten wil, alleen werken na den dood, art. 922; maar juist dan heeft het testament alle kracht verloren, of liever het heeft, ten gevolge van de herroeping, nooit bestaan *a*).

TOULLIER, II, 951—953, is van oordeel dat de erkenning bij eene onderhandsche akte geenszins nietig is, op grond voornamelijk, dat de wet die nietigheid niet uitspreekt. Anders DELVINCOURT,

---

a) OPZOOMER, *B. W.*, d. II, bl. 174, noot 1, deelt dit gevoelen. Zeer te regt merkt hij op: „Het is niet de waarheid, die hier bindt, maar alleen het erkennen dier waarheid. Kan nu zulk een erkennen wel binden, als het geschiedt in een akte die geen stand houdt, die in regten vernietigd is op het oogenblik dat haar werking in regten zou moeten aanvangen?" In gelijken zin *Regtsg. Adv.*, d. IX, bl. 62 vlg., waarin de stellers der adviezen terugkomen op de tegenovergestelde leer, gehuldigd ibid., d. III, bl. 72 vlg. en d. VI, bl. 36 vlg.

II, 68, en, zoo het schijnt, beter. Hoezeer het waar is, dat men geene nietigheden mag aanvullen, is dit hier echter eigenlijk de vraag niet. De erkenning is reeds eene gunst door de wet toegekend aan buiten echt geboren kinderen; eene uitzondering op den regel, dat alleen kinderen uit een huwelijk geboren eenen zekeren vader hebben. Maar wanneer nu de wet zegt, dat zij die gunst niet anders zullen deelachtig worden dan door eene authentieke akte, door den vader uitgebragt, dan volgt daaruit *eo ipso*, dat zij dezelfde gunst niet verkrijgen door eene onderhandsche akte: *qui de uno dicit de altero negat.* Wanneer bovendien de wet voor eene bepaalde handeling een bepaalden vorm voorschrijft, dan spreekt het van zelve, dat zij in iederen anderen vorm onbestaanbaar is, en dan is het volstrekt onnoodig, dat de wet dat uitdrukkelijk zegt, onder bedreiging van de straf van nietigheid. Die akte op zich zelve bewijst dus niets, en men kan den vader niet noodzaken om haar voor echt te verklaren, en aldus zijne toestemming te bekrachtigen, zonder te treden in een verboden onderzoek naar het vaderschap, art. 342. Maar hoe nu met de moeder? Het onderzoek toch naar het moederschap 1) is niet verboden, art. 343, en de laatste reden vervalt dus. TOULLIER, t. a. p., 950, gaat, op grond hiervan, zoo ver van te beweren, dat de moeder een natuurlijk kind bij eene onderhandsche akte kan erkennen, hetgeen zeker bij de stellige bepaling van ons art. 336 niet doorgaat. Maar, bovendien, de eerste zoo even opgegeven reden blijft bestaan ook voor de moeder. Art. 1912 zegt wel, dat eene onderhandsche akte, erkend zijnde of wettig voor erkend gehouden, hetzelfde bewijs oplevert als eene authentieke akte: maar die regel is algemeen, en kan alleen dáár zijne toepassing vinden, waar de wet

1) Wie de moeder is, zegt het wetboek. Maar er bestaat geene reden, waarom men niet even zoo goed moederschap zou kunnen zeggen als vaderschap. Het eerste is zoo goed Hollandsch als het tweede, al wordt moederschap misschien niet in de woordenboeken gevonden.

Het komt wel voor in de woordenlijst van prof. M. DE VRIES en dr. L. A. TE WINKEL, 2e uitg., bl. 214, welke woordenlijst verscheen nadat de Schr. de laatste uitgave zijner *Handl.* had bezorgd.

bewijs door onderhandsche akten toelaat; door die erkenning kan de aard van het geschrift niet veranderen. Zij moet dus ook voor de moeder, als akte van erkenning althans, voor nietig gehouden worden, te meer nog, daar art. 343 de wijze voorschrijft, waarop het moederschap bewezen wordt. Als een begin van bewijs bij geschrifte echter schijnt zij te kunnen gelden, als zijnde uitgegaan van haar, tegen wie de vordering gedaan wordt. en makende het feit, waarop men zich beroept, waarschijnlijk. Art. 1939.

Een regtstreeksch gevolg van de bepaling, dat de erkenning alleen kan geschieden bij authentieke akte, is nog, dat zij niet wettig geschieden kan bij een olographisch testament, ook dan niet als het bij een notaris is in bewaring gegeven. Een olographisch testament is eene onderhandsche akte, art. 979, en, hoezeer het door de inbewaargeving, als testament, wel dezelfde kracht krijgt als een openbaar testament, art. 980, het blijft een onderhandsch stuk. De akte van depôt is authentiek, het testament onderhandsch. Zie meer *Regtsg. Adv.*, III, 72—79.

§ **192.** Reeds onder het gebied van den *C. N.*, die deze bevoegdheid niet uitdrukkelijk aan den minderjarigen toekende, was dit gevoelen algemeen door de schrijvers en de jurisprudentie aangenomen, omdat de erkenning slechts de vervulling is van eenen pligt en het gevolg eener natuurlijke verbindtenis, waartoe men de algemeene onbevoegdheid van minderjarigen niet behoorde uit te strekken. TOULLIER, t. a. p., 962; PAILLIET, *ad* art. 334, n°. 23.

1°. De moeder kan dus, al is zij beneden de 19, ja zelfs al is zij beneden de 16 jaren, haar kind erkennen. De *ratio differentiae* is, omdat hare erkenning berust op een zeker bewijsbaar feit, hare bevalling; die van den vader, daarentegen, op onzekere omstandigheden, en op eene ten hoogste zedelijke overtuiging, waaromtrent hij ligtelijk door valsche en schoonschijnende redeneringen zou kunnen bedrogen en misleid zijn.

2°. Men zou hieruit misschien de gevolgtrekking kunnen maken, dat de erkenning door eenen meerderjarige geldig is, al ware zij ook het gevolg van dwang, enz.; dit kan echter

niet de bedoeling van den wetgever geweest zijn, want het zou strijden met de algemeene regtsbeginselen, en inzonderheid met het vereischte, dat de erkenning vrijwillig moet zijn. De zin is denkelijk, dat de dwang enz. bij eenen minderjarige gemakkelijker vermoed wordt, en in eene ruimere beteekenis genomen moet worden. Zoo zal b. v. de minderjarige eenvoudig behoeven te bewijzen, dat er geweld tegen hem gepleegd is, de meerderjarige daarenboven, dat het van dien aard was, om op een redelijk mensch indruk te maken en hem de vrees kon inboezemen, dat hij zijnen persoon of zijn vermogen aan een aanmerkelijk en dadelijk aanwezig nadeel blootstelde, art. 1360; en zoo verder *a*).

§ 193. De *ratio legis* is, omdat de echtgenoot, die bij het aangaan van een huwelijk een kind had en dit aan zijnen medeechtgenoot heeft verzwegen, dezen daardoor misleid heeft; die reden bestaat echter niet, wanneer beide de echtgenooten een kind, dat zij te zamen vóór hun huwelijk verwekt hadden, na dat huwelijk erkennen. Uit de slotbepalingen van het artikel, dat die erkenning niettemin hare gevolgen zal hebben, na de ontbinding van dit huwelijk, wanneer daaruit geene afstammelingen overblijven, in verband met art. 912 volgt, dat, in geval van kinderloos overlijden van den erkennenden echtgenoot, het erkend natuurlijk kind, en niet de langstlevende echtgenoot erft *b*).

§ 194. In onze voormalige regten kwam dat verbod niet voor; alleen in Friesland was iets soortgelijks bekend. Het wetboek *Napoleon voor het Kon. Holl.*, art. 262, 266, liet het onderzoek naar het vaderschap toe; zie *Brieven van eenige regtsgeleerden*, 62—64, 73—75. Zie eene hoogstmerkwaardige Verhandeling van

---

a) Anders Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., 111.

b) Dit volgt werkelijk uit de op zich zelf duidelijke bepaling van het tweede lid van het artikel en wordt dan ook aldus begrepen door Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 187 vlg. Het is echter niet wel vereenigbaar met de op zich zelf niet minder duidelijke bepaling van het eerste lid. Met de hierboven aangeduide *ratio legis* is het bovendien in lijnregten strijd. De wetgever had òf het tweede lid moeten weglaten, òf in het eerste lid niet zoo onvoorwaardelijk moeten bepalen dat de erkenning aan den anderen echtgenoot geen nadeel kan toebrengen. Strijd tusschen beide bepalingen is thans m. i. niet te ontkennen. Zie ook Opzoomer, *B. W.*, d. II, bl. 177, noot 2.

ZACHARIÄ over dit onderwerp, in *Krit. Zeitschr. für Rechtsw. und Gezetsg. des Ausl.* X, 1—46, waarin hij zich verklaart voor den regel: *la recherche de la paternité est interdite*, en de gronden voor dit zijn gevoelen vrij breedvoerig ontwikkelt. Het verbod is overgenomen uit art. 340 *C. N.* De redenen, waarop het berust, komen hoofdzakelijk hierop neder: »het vaderschap is voor geen zeker bewijs vatbaar; het onderzoek daarnaar zou aanleiding geven tot schandelijke en zedelooze processen; het zou aan slechte en liederlijke vrouwen het middel geven om zich zelve en de vrucht van hare ontucht ten koste van brave en eerlijke mannen te verrijken, en den goeden naam der laatsten te schandvlekken." LOCRÉ, III, 55—57, 82, 94. Tegen dit alles zou zeker het één en ander kunnen aangemerkt worden, en het verbod heeft ook zijne hardheid en zijne groote bezwaren. Zie daarover REHBERG, 155—159. MEIJER, *Qu. Transit.*, 207, 208 *a*) zegt: »l'art. 340 du C. N. a mis fin à toutes ces recherches presque toujours scandaleuses; il a remis aux femmes le soin de leur honneur et les suites de leur conduite désordonnée, et si, dans quelques cas, cette législation peut paraître dure envers des victimes de la séduction, aussi souvent elle prévient les projets intéressés que des femmes perdues font sur leur propre honte." —

Opmerkelijk echter is het, dat de wet alleen schijnt gedacht te hebben aan het geval, dat de geboorte van het kind is het gevolg van slecht en liederlijk gedrag der vrouw. En dat is echter zeker niet het meest gewone geval; en toch laat men de slagtoffers van verleiding, zwakheid en bedrogen liefde geheel onbeschermd. Is dat regtvaardig? Als de vrouwen ons eens vroegen, waarom de wet ook niet aan de mannen de zorg voor hunne eer heeft overgelaten, wij zouden met het antwoord nog al verlegen zijn, en inderdaad, indien het verbod zich al laat regtvaardigen, of liever misschien verschoonen, dan is het alleen, omdat het bewijs, dat zonder groot schandaal zelfs niet te beproeven is, doorgaans onmogelijk kan worden geleverd.

Is het onderzoek naar het vaderschap ook verboden tegen

a) Bl. 100 van de door Mr. A. A. DE PINTO bezorgde uitgave.

de kinderen? Met andere woorden, kunnen het zij bloedverwanten, die daarbij belang hebben, het zij het openbaar ministerie, in het belang der openbare orde, worden toegelaten om te bewijzen, dat iemand het kind is van een vader, die hem niet erkend heeft? Ja, als men niet in de grootste ongerijmdheden vervallen wil; anders toch zal de vader met zijne dochter, de broeder met zijne zuster kunnen trouwen. Er is geen ander middel om zulk een huwelijk te beletten, dan door het vaderschap te bewijzen; al de bepalingen, waarbij aan ouders verboden wordt, om aan natuurlijke kinderen meer dan een zeker gedeelte hunner goederen te geven (art. 910, 914, 955), kunnen worden ontdoken, als men hen maar niet erkent, enz. Men zou daartegen de algemeenheid der woorden: het onderzoek naar het vaderschap is verboden, kunnen aanvoeren; maar: 1°. zou dit te veel bewijzen, want men zou op denzelfden grond kunnen beweren, dat ook wettige kinderen niet mogen bewijzen wie hun vader is, in strijd met art. 316—320; 2°. als men art. 343 met art. 344 vergelijkt, blijkt het zeer duidelijk, dat dit de bedoeling van den wetgever niet geweest is. Het eerste laat het onderzoek naar het moederschap toe, en voegt er bij, dat bij dat onderzoek het kind moet bewijzen enz. Het tweede zegt niet, dat het onderzoek naar het vader- en moederschap van overspelige en bloedschendige kinderen verboden is, maar alleen dat die kinderen dat onderzoek niet mogen instellen. De wet had hier dus alleen het kind, en niet de bloedverwanten of het openbaar ministerie, op het oog; zij heeft dus ook in art. 342 niets anders willen zeggen, dan dat een onecht kind niet mag onderzoeken, wie zijn vader is. Men leze hierover vooral Delv., III, 54—61, en *Rev.*, Foelix, 1843, bl. 937—971 *a*).

---

a) De juistheid van deze leer is zeer betwistbaar. De bewering dat een beroep op de algemeenheid der woorden van het eerste lid van art. 342 te veel bewijst en er toe zou moeten leiden ook wettige kinderen het onderzoek naar het vaderschap te ontzeggen, acht ik niet afdoende, omdat 1°. over dit laatste in eene *andere* afdeeling wordt gehandeld, en hetgeen hier ten opzigte van natuurlijke kinderen is bepaald niet mag worden toegepast op een *ander* onderwerp door den wetgever *elders* geregeld; 2°. bij het onderzoek naar het vaderschap van wettige kinderen, zulks niet zoozeer loopt

Met uitzondering, enz. Die omstandigheden bewijzen het vaderschap niet, maar zij doen het vermoeden, en dat vermoeden mag door het kind tot volledigheid gebragt worden. In dat geval verkrijgt het al de regten van een natuurlijk erkend kind, want de schuldige wordt verklaard zijn vader te zijn, art. 342.

Verkrachting of schaking *a*).

§ **195**. Het moederschap is gemakkelijk uit de zwangerschap, de bevalling en andere stellige gebeurtenissen en omstandigheden te bewijzen. Het bewijs van de bevalling en van de identiteit moet, elk afzonderlijk, geleverd worden. Zie *Regtsg. Adv.*, IV, 47—51, en arrest van den hoogen raad van 7 Mei 1852, VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XIV, 302—313. Dat het onderzoek naar het moederschap niet alleen aan het kind, maar aan anderen, die daarbij belang hebben, geoorloofd is, wordt, op goede gronden, geleerd in eene verhandeling in de *Rev. crit.* 1857, pag. 298—308. Die schrijver echter betwist aan allen het regt van onderzoek naar het vaderschap, alleen op grond van de algemeenheid van het verbod van art. 340 *C. N.*, overeenkomende met ons art. 342. De onjuistheid dier stelling is reeds in de vorige § aangetoond *b*). Maar de schrijver verliest daarbij uit

---

over de verwekking door den vader, als wel over de geboorte uit eene vrouw onder zoodanige omstandigheden dat deze, in den regel en behoudens het tegenbewijs aan het slot van art. 321 bedoeld, krachtens art. 305 als eene wettige te beschouwen is, zoodat in dit geval de ergerlijke en zedekwetsende bewijsvoeringen, op grond waarvan men het onderzoek naar het vaderschap heeft willen uitsluiten, niet te pas komen. Over de beweerde ongerijmdheid daarin bestaande dat, acht men het hierbedoelde onderzoek uitgesloten, de vader met zijne dochter enz. zou kunnen trouwen, wordt op m. i. afdoende wijze de staf gebroken door DIEPHUIS, *N. B. R*, d. V, bl. 149. Eindelijk mag betwijfeld worden of in de door den Schr. der Handl gehuldigde leer, het tweede lid van art. 342 reden van bestaan heeft. Zie in gelijken zin OPZOOMER, *B. W.*, d. II, bl. 179 en ASSER, *Hdl.*, bl. 326.

a) Bij art. 4 van het bij Kon. boodschap van 12 Febr. 1883 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal aanhangig gemaakt wetsontwerp houdende *wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek* (zitting 1882—83, nº. 152) is dit uitgebreid tot de gevallen voorzien bij de artikelen 242—245, 249 en 281 van het nieuwe Wetboek van Strafrecht. Omtrent de reden dier uitbreiding, zie de m. v. toel., het voorl. verslag en de mem. v. beantw. ad art.

b) Zie echter de bedenkingen daartegen in mijne noot op deze en de vorige bladzijde.

het oog, dat zijne voorname gronden, als daar zijn schandelijke en ongeoorloofde huwelijken, ontduiking van de bepalingen der wet over erfopvolging, en dergelijken, even zoo zeer gelden bij het vaderschap als bij het moederschap.

§ **196**. Wel dragen hier de kinderen, in zekere mate, de schuld hunner ouders; maar het verbod heeft tot doel om de ouders daardoor nog meer van zulke schandelijke daden af te schrikken, en om openlijke ergernis en kwetsing der goede zeden te voorkomen.

§ **197**. Zie boven *ad* § 191.

Gelijk mede alle inroeping van staat van zijde van het kind *a*).

Wettiging.

§ **199**. De reden, waarom na het huwelijk geene wettiging meer wordt toegelaten, is, omdat men daarmede aan de echtgenooten, wier huwelijk onvruchtbaar gebleven was, gelegenheid zou geven vreemde kinderen te onderschuiven, en op die wijze de in onze wet verboden *adoptie* langs een omweg in te voeren. Oudtijds werden de kinderen, die men wettigen wilde, onder den rok, falie of mantel der moeder of ook van den vader verborgen gedurende de plegtigheid, en kwamen zij daaruit na de voltrekking te voorschijn. *Regtsg. Bijdragen*, IX, 130, 131.

Doch kinderen, enz. Deze kinderen toch zijn in bloedschande geteeld, en mogen daarom niet erkend worden, volgens art. 338; maar wanneer de koning *dispensatie* verleend heeft, dan houdt de reden van dat verbod natuurlijk op.

---

a) Te regt kent de schrijver boven ad § 191, tegen de aldaar bedoelde erkenning door den vader of den moeder gedaan, aan ieder belanghebbende het regt van betwisting toe. Dit regt schijnt men echter niet zoo onbeperkt te kunnen toekennen waar de afstamming van het kind wordt vastgesteld bij vonnis. Op zoodanig vonnis als betreffende den staat van personen, is art. 1957 van toepassing, zoodat wanneer de afstamming bij regterlijk gewijsde is vastgesteld, deze in het daar gestelde geval tegenover iedereen geldig is Op grond hiervan meent Asser, *Hdl* bl. 327, dat het regt van betwisting in dit geval moet beperkt worden tot eene tusschenkomst hangende het geding. Anders echter Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 150, die aan belanghebbenden het regt toekent om tegen zoodanige regterlijke uitspraak ook na de eindbeslissing, bij wijze van verzet door derden, op te komen.

§ **200.** Wij vinden dus hier de *legitimatio per rescriptum principis* terug, die noch in den *C. N.* noch in ons wetboek van 1830 aangenomen was. Zij is overgenomen uit het Romeinsche en oud-vaderlandsche regt. *L.* 57, § 1 *D, de R. N.*; *Nov.* 74, *c.* 2; *Nov.* 89, *c.* 9; VOET, *ad tit. deconcub.*, 13; DE GROOT, *Inl.*, I, 12, 9, enz. — Zoowel het wetboek *Nap. voor het Kon. Holl.*, art. 271, 272, als het ontwerp van 1820, art. 549—561, liet haar ook toe.

1°. De ondervinding had geleerd, dat dit maar al te dikwijls gebeurde, en men hield het te regt voor zeer hard, dat onschuldige kinderen hun leven lang de straf moesten dragen van een verzuim door hunne ouders uit onkunde gepleegd. Zie verder boven, *ad* § 32, 10°. *a*).

2°. Hoe zal dat voorgenomen huwelijk bewezen worden? — Het schijnt niet, dat daartoe eene aangifte of afkondiging vereischt wordt; dit zou in strijd zijn met den regel: *favores ampliandi*, en daarenboven met de wet die niet dat, maar alleen een voorgenomen huwelijk vordert; het doel zou daardoor slechts ten halve bereikt worden. Het voornemen kan zeer goed bestaan hebben, al heeft men met die voorbereidende maatregelen nog geen begin gemaakt. En in dat geval moet de verklaring van bloedverwanten en vrienden, of zelfs van den langstlevende der ouders, genoegzaam zijn.

---

a) Niet tot herstel van het verzuim der erkenning, gelijk de min juiste redactie van art. 329 zou doen vermoeden, maar om de verzuimde wettiging alsnog tot stand te brengen, dienen de brieven van wettiging. Aan de daartoe strekkende aanvrage moet dan ook de erkenning door beide ouders voorafgaan. OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 167 noot 1; DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 167.

TITEL XIV.

VAN BLOEDVERWANTSCHAP EN ZWAGERSCHAP.

(Artt. 345—352. EERSTE GEDEELTE, § 203—214, bl. 80, 81.)

Geschriften: ASSER, 156—158; VOORDUIN, II, 569—571; VAN DER VOORT, I, I, 289—291; DIEPHUIS, II, 166—177; NIENHUIS, 228—232; OPZOOMER, *B. W.*, II, 213—216; VAN HALL, 192—195; DIEPHUIS, *N. B. R.*, I, 246—251; ASSER, *Hdl.* I, 332—334; DONKER CURTIUS, 243—245; *Regtsg. Bijdragen*, V, 213, 214.

In den *C. N.* wordt hierover niet afzonderlijk gehandeld; alleen behelst de titel over erfopvolging eenige voorschriften over de graden van bloedverwantschap, artt. 735—738. Daarentegen werd in het ontwerp van 1820, artt. 562—579, het geheele onderwerp veel uitvoeriger behandeld. De bepalingen van dezen titel, grootendeels uit het Romeinsche en Fransche regt overgenomen, zijn voor het overige hoogst eenvoudig en vereischen nagenoeg geene verdere toelichting.

Bloedverwantschap.

§ **204.** Elke geboorte, enz. Naar den ouden regel: *quot sunt generatae personae, totidem sunt gradus, dempto stipite communi. L.* 10, § 9, 17 *D. de gradib.*, § 7 *I. eodem.*

§ **207.** Men verdeelt de zijdlinie nog in gelijke en ongelijke (*linea collateralis aequalis et inaequalis*). Tot de eerste behooren zij die in denzelfden, tot de tweede zij die in verschillende graden van den gemeenen stamvader afstammen. In de berekening der graden is tusschen beiden echter geen verschil.

§ **210.** De stamvader wordt ook hier niet medegeteld. Oom en neef bestaan elkander in den derden graad. De grootvader van den neef is de stamvader. Diens zoon maakt den eersten graad in de ééne zijdlinie. De andere zoon maakt den tweeden, en de kleinzoon den derden graad.

Zwagerschap.

§ **212.** Ook na de ontbinding van het huwelijk *a*).

§ **213.** Zoo als van zelf reeds volgt uit de bepaling van zwagerschap: *affinitas non transgreditur personam conjugis.*

TITEL XV.

VAN DE VADERLIJKE MAGT.

(Artt. 355—384. EERSTE GEDEELTE, § 215—235, bl. 81—84.)

Geschriften: ASSER, 158—169; VOORDUIN, II, 572—602; VAN DER VOORT, I, I, 291—315; DIEPHUIS, II, 173—231; OPZOOMER, *B. W.*, II, 219—289; VAN HALL, 321—336; DIEPHUIS, *N. B. R.*, V, 175—278; ASSER, *Hdl.*, I, 334—354; DONKER CURTIUS, 224—231; *Regtsgel. Bijdragen*, V, 214—218; F. L. CERTON, *Diss. de patr. pot., sec. novi C. C. princ.*, L. B. 1828; G. TURK, *Diss. de patr. pot., sec. nov. Cod. Neerl., Tr. ad Rh.* 1838; G. MATTHES, aang. *Diss.*, p. 37—52.

Algemeene bepaling.

§ **215.** Voor de benaming van vaderlijke hadden anderen liever die van ouderlijke magt gehad. De eerste is behouden, op grond dat de magt oorspronkelijk behoort aan den vader, en de moeder eerst, wanneer deze ontbreekt, in zijne plaats optreedt, om zijne magt uit te oefenen *b*).

Men zal wel niet verwachten, dat die vaderlijke of ouderlijke magt nog eenige overeenkomst zoude hebben met de *patria potestas* der Romeinen. Dat uitgestrekt en onbeperkt gezag, waaraan de

a) Daarna kan echter geen nieuwe zwagerschap meer ontstaan tusschen den eenen echtgenoot en de later geboren bloedverwanten van den ander.

b) De juistheid dezer reden mag betwijfeld worden. De magt behoort aan den vader en de moeder te zamen. Te regt spreekt dan ook art. 285 van de ouderlijke magt. Zoo ook het opschrift van de 2e afd. van den 12en titel van het eerste boek van het ontwerp 1820. De uitoefening alleen van die magt berust, althans in den regel, gedurende het leven der beide ouders, bij den vader.

Romein, al had hij zijn zestigste jaar en meer bereikt, onderworpen was, stond in een naauw verband met hunne overdreven denkbeelden over de natuurlijke magt van eenen *pater-familias*, die bij hen de grootste alleenheerscher was, met hunnen regeringsvorm, en bovenal met hunne nog eenvoudige en onbeschaafde zeden. Zeer eigenaardig zeide JUSTINIANUS: *jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum: nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habent potestatem, qualem nos habemus*, § 2, *I. de P. P.* Onze wetten zijn voor Nederlandsche burgers geschreven. De groote ende zonderlinge magt der vaders over de kinderen onder haer handt staende, is in deze landen onbekendt, zegt reeds DE GROOT, *Inl.*, I, 6, 3. — De vaderlijke of, zoo als het daar heet, de ouderlijke magt werd bij art. 279 van het *Wetboek Nap. voor het Kon. Holl.* aldus omschreven: »over de personen der kinderen hebben de beide ouders alle die magt en dat gezag, hetwelk de pligt eener behoorlijke opvoeding en de orde des huisgezins vorderen" *a*).

Hare gevolgen ten opzigte van den persoon van het kind.

§ **216**. Meerderjarigheid. Door handligting wordt het kind, omdat het niettemin minderjarig blijft, art. 483, niet uit

---

a) Zeer betwist is de vraag of na het overlijden van een der ouders, het ouderlijk gezag geheel wordt uitgesloten door de voogdij, dan wel of beide naast elkander blijven voortbestaan. Van groot gewigt is deze vraag, wanneer de voogdij door den langstlevende der ouders niet aanvaard of verloren is, omdat dan twee personen — vader of moeder en voogd — naast elkander staan, en in vele opzigten botsing tusschen beider regten niet te vermijden is. Voor het eerste verklaren zich DIEPHUIS, *N. B. R.*, d. V, bl. 239—249, en ASSER, *Hdl.*, bl. 336. Ook OPZOOMER deelde vroeger die meening, op welk gevoelen deze schrijver echter is teruggekomen t. a. p. bl. 231—239. Hieruit blijkt, dat de vraag allezins betwistbaar is. Bij arrest van den hoogen raad van 21 Mei 1858, *W.* n°. 1960, *R.* d. LIX, bl. 156, is beslist dat de regten en verpligtingen aan de vaderlijke magt verbonden, met name die, vervat in de artt. 353—356, na het verlies van de voogdij niet geheel ophouden, maar den voogd niet mogen hinderen in zijn werkkring en derhalve aan de voogdij ondergeschikt zijn, zoodat zij alleen nevens, niet in strijd met haar mogen worden uitgeoefend.

Zie behalve de schrijvers aangehaald bij DIEPHUIS, t. a. p. en bij ASSER, *Regtspr.* ad art. 353, sub n°. 1, de *Jurid. Spect.*, I, bl. 94.

de vaderlijke magt ontslagen. Anders is het met de ***venia aetatis;*** daardoor houdt de minderjarigheid, en dus ook de vaderlijke magt op, art. 478. In art. 406 van het wetboek van 1830 had men art. 372 *C. N.* gevolgd, en bepaald, dat het kind ook door handligting van de vaderlijke magt bevrijd werd *a*).

§ **217.** Buiten de mogelijkheid is *b*).

§ **218.** Volgens art. 374 *C. N.* kon de zoon, die 18 jaren bereikt had, het vaderlijk huis verlaten, om zich in vrijwillige krijgsdienst te begeven; dit echter was het gevolg van den destijds in Frankrijk heerschenden geest, om den militairen stand boven alle anderen te verheffen en te begunstigen, LOCRÉ III, 319, 320. Die onderscheiding kwam bij ons niet te pas, en de uitzondering is daarom te regt achterwege gelaten. En daarmede is ook voor den minderjarigen milicien de bevoegdheid vervallen om, zonder toestemming van ouders of voogden, dienst te nemen bij het staande leger. Wel is waar, art. 171 der wet van 8 Jan. 1817, *Stbl.* n°. 1, leerde, dat een milicien, mits dienst nemende voor niet minder dan zes jaren, kon overgaan bij de staande armee, en de milicien had dan ook werkelijk, zoo lang die wet van kracht was, dat regt, mits, in geval van minderjarigheid, de toestemming verkregen hebbende van ouders of voogden. De wet op de militie immers is eene speciale wet, waarbij worden geregeld de regten en verpligtingen tusschen den staat en de ingezetenen met betrekking tot de militaire dienst, maar die zich niet inlaat met vragen over burgerlijke bekwaamheid, doch integendeel de

---

a) Zij houdt ook op door het huwelijk van het minderjarig kind, art. 385.

b) Dit kan het gevolg zijn van eene feitelijke belemmering, b. v. ziekte, afwezigheid (waaromtrent zie art. 552). Ook dan wanneer de vader krachtens art. 335 *C. P.*, van de regten voortvloeijende uit de vaderlijke magt ontzet is, moet de moeder optreden tot uitoefening van de vaderlijke magt. Maar wat moet geschieden, als beide ouders van de vaderlijke magt zijn ontzet? De wet voorziet niet in dat geval. Bij de invoering van het nieuwe strafwetboek zal het vooral noodig zijn daarin te voorzien, omdat ingevolge art. 30 van dat wetboek ontzetting van de vaderlijke magt in vele gevallen kan plaats hebben. Bij art. 5 van het bij Kon boodschap van 12 Febr. 1883 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal aanhangig gemaakte wetsontwerp houdende *wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek* (zitting 1882—83, n°. 152), wordt dan ook hierin voorzien door de bepaling dat in zoodanig geval een voogd wordt benoemd.

beslissing daarover geheel overlaat aan de burgerlijke wet; en deze leert in de artt. 1356, 1366 en 1482 duidelijk, dat ieder contract door den minderjarige zonder toestemming zijner ouders aangegaan nietig is, terwijl juist het voorschrift van art. 374 *C. N.*, dat de militaire dienst-contracten van dit verbod uitzondert, bij ons vervallen is. Zie voorts arrest van den hoogen raad van 20 Dec. 1844, bij VAN DEN HONERT, afd. *Gem. Zaken*, III, 53—60. De geheele vraag is echter thans vervallen, omdat in de tegenwoordige wet op de nationale militie van 19 Augustus 1861, *Stbl.* n°. 72, eene bepaling als die van art. 171 der wet van 1817 niet voorkomt.

§ 219. De bepalingen dezer artikelen komen grootendeels met die van art. 375—382 *C. N.* overeen, met dat verschil, dat 1°. de president niet alleen, maar de geheele regtbank de opsluiting gelast; 2°. dat deze haar altijd, naar bevind van zaken, kan toestaan of weigeren, waardoor het verschil der opsluiting *par voie d'autorité* en *par voie de réquisition* wegvalt *a*).

§ 221. Ons art. 361 is algemeener dan art. 383 *C. N.* Het laatste zeide alleen, dat de bepalingen omtrent de opsluiting ook op natuurlijke kinderen van toepassing zouden zijn. Het onze zegt hetzelfde over al de voorschriften dezer afdeeling, waaruit b. v. volgt, dat ook een natuurlijk kind het huis van zijnen vader of van zijne moeder, waarin het zich bevindt, niet verlaten mag. Maar wat zal nu regtens zijn, als een natuurlijk kind door den vader en door de moeder erkend bij zijne moeder inwoont? In dat geval schijnt het die woning ook met het verlof der moeder te mogen verlaten, zonder dat de vader dit beletten kan; dit is meer overeenkomstig den geest der wet. Het is waar, art. 355 zegt, dat de vader alleen de vaderlijke magt uitoefent, maar voegt er bij: staande huwelijk, zoodat daar, uit den aard der zaak, alleen wettige kinderen kunnen bedoeld zijn.

---

a) Indien de moeder het verzoek doet, is voorafgaand verhoor van twee uit de naaste vaderlijke bloedverwanten noodig, alleen echter als zij het doet als langstlevende der ouders, niet als zij optreedt ter vervanging van den vader, artt. 358 en 355, j°. 357.

Hare gevolgen ten opzigte van de goederen van het kind.

§ **222.** Art. 362 geeft echter aan derden het regt, om over de goederen, die zij aan minderjarigen schenken, het zij bij akte onder de levenden, het zij bij uitersten wil, één of meer bewindvoerders, anderen dan den vader, aan te stellen. Onder den *C. N.*, die over deze vraag zweeg, was daarover veel verschil van gevoelen ontstaan. *Regtsg. Bijdr.*, II, 436—444, 648—655; TOULLIER, II, 1068; PAILLIET, *ad* art. 307, nº. 6. De erflater of schenker, die niets behoefde te geven, die dus tot het meerdere bevoegd was, moet ook het mindere kunnen; en het eigen welbegrepen belang der minderjarigen vordert deze uitzondering. Wanneer men de vrijheid niet had hetgeen men geheel onverpligt *ex mera liberalitate* aan den minderjarige gaf, te onttrekken aan het beheer van een verkwistenden vader, dan zou men niets geven. Het artikel voegt er echter bij, dat de vader het regt heeft om, gedurende de minderjarigheid van zijn kind, van den bewindvoerder rekening en verantwoording te vragen. Maar wanneer, en hoe dikwijls kan hij dit? De wet geeft op deze vraag geen antwoord, en hieruit schijnt te volgen, dat de rekening door den vader kan worden gevraagd wanneer en zoo dikwijls hij dit wil, en dat hier dus niet moet worden gedacht aan eene jaarlijksche rekening, wat misschien wel het meest regelmatig zou geweest zijn. Zoo als het nu is, kan die onbepaalde verpligting zeker aanleiding geven tot allerlei plagerij van de zijde van den vader. Wel blijkt voorts nog uit de geschiedenis, dat men ook nog het doel gehad heeft om, in ieder bijzonder geval, door den regter te doen beoordeelen, of er al dan niet gronden bestaan om de rekening te vorderen. Maar de wet zegt dat niet; zij zegt eenvoudig, dat de vader rekening kan vragen of vorderen; en het is volstrekt niet zeker, dat men, in strijd met de duidelijke woorden der wet, dat regt van den vader zoodanig mag beperken. — De redenen van deze geheele uitzondering intusschen vervallen, zoodra er sprake is van het wettelijk erfdeel, door één der bloedverwanten in de opgaande linie aan kind of kleinkind, *quasi* bij uitersten wil gemaakt; en het laat zich reeds daarom *a priori*

begrijpen, dat daartoe de uitzondering niet kan worden uitgestrekt. Dit is dan ook de duidelijke bepaling der wet; over de *legitime* kan de erflater niet beschikken, art. 960; hij kan die dus ook met geene lasten hoegenaamd bezwaren: *legitima respuit omne onus.* Maar bovendien waarover kunnen deze bestuurders benoemd worden? Over datgene wat bij schenking of uitersten wil gegeven wordt. Maar dat is met de *legitime* nooit het geval, juist omdat de ouders daarover op geenerlei wijze te beschikken hebben. De *legitime* ontvangt het kind niet van zijn vader, die haar even weinig geven als ontnemen kan, maar van de wet. Zie meer hierover *Regtsg. Adv.*, II, 60—67 *a*).

§ **224.** Deze curator is alsdan, wat in de voogdij de toeziende voogd tegenover den voogd is, volgens art. 427. Deze bepaling, even als die der vorige paragraaf, is nieuw.

§ **225.** Dit vruchtgenot is in vele opzigten geheel iets anders dan een gewoon vruchtgebruik, gelijk uit de volgende bepalingen, vooral uit die van §§ 226 en 227, blijkt, en het is waarschijnlijk om verwarring van het ééne met het andere te voorkomen, dat onze wet, even als de Fransche (*jouissance*), hier opzettelijk een ander woord gekozen heeft. Dat neemt echter niet weg, dat het inderdaad een vruchtgebruik is; de ouders toch trekken de vruchten van de goederen hunner kinderen, alsof zij zelve daarvan eigenaren waren, mits zorgende dat de zaak zelve in haar geheel blijve, art. 803. Hetzelfde blijkt voor het overige uit art. 832. Maar het verschil ligt hierin, dat het een vruchtgebruik is van bijzonderen aard, waaraan bijzondere lasten verbonden zijn, en waarvoor ook in andere opzigten van de gewone bepalingen van het vruchtgebruik wordt afgeweken. Zie voorts beneden *ad* § 473. Als reden waarom dit vruchtgenot niet voortduurt tot de volle

---

a) Het aan den vader toegekend beheer over de goederen brengt, ofschoon de wet dit niet uitdrukkelijk zegt, het regt van vertegenwoordiging mede in alle handelingen, waartoe het kind onbekwaam is. Zulks geldt echter alleen ten opzigte van de burgerregterlijke handelingen. Het wetboek van strafvordering kent zoodanige vertegenwoordiging niet. De vader is dus onbevoegd tot het aanteekenen van appel of cassatie tegen een vonnis, waarbij zijn kind ter zake van misdrijf is veroordeeld. Arr. v. 29 Nov. 1880, *W.* n°. 4590.

meerderjarigheid, geven de Fransche schrijvers de vrees, dat geldzuchtige ouders hunne kinderen zouden beletten in het huwelijk te treden, ten einde dit vruchtgenot langer te behouden. LOCRÉ, III, 322.

2°. De schenker of erflater, die meester was de schenking of het legaat al of niet te maken, heeft ook het regt, daarbij zoodanige voorwaarden te voegen, als hem goeddunken. Men heeft, naar aanleiding hiervan, gevraagd, of ook de langstlevende der ouders of der grootouders, die aan hun kind of kleinkind het wettelijk erfdeel maken of schenken, daarbij die voorwaarde mogen voegen? En men heeft deze vraag te regt ontkennend beantwoord. Het kind verkrijgt hier alles alleen uit kracht der wet, en niets van de edelmoedigheid des schenkers of erflaters, die dit aan het kind niet kan afnemen, gelijk reeds, boven *ad* § 222, aangetoond is. En diezelfde wet geeft aan den vader of aan de moeder het vruchtgenot over die aan het kind van regtswege toekomende goederen. Zoodanige voorwaarde moet dus voor niet geschreven gehouden worden, art. 935. Zie ook TOULLIER, II, 1067; DELV., II, 95; PAILLIET, *ad* art. 837, n°. 5.

3°. De onwaardige moet geene zijdelingsche voordeelen trekken uit eene nalatenschap, waarvan hij om zijn misdrijf of onregtmatige daad is uitgesloten. Maar juist omdat die uitsluiting eene straf is, moet zij alleen den schuldigen echtgenoot treffen; en evenmin als de ééne echtgenoot, als erfgenaam verstoken is van eene erfenis, uit hoofde der onwaardigheid van den anderen, even weinig verliest de vader het vruchtgenot om de onwaardigheid der moeder, of omgekeerd de moeder om die van den vader *a*).

§ **226**. 2°. De vader is echter niet verpligt om voor zijne rekening te nemen de kosten van onderhoud of opvoeding door anderen gemaakt, zelfs niet al ware dit de toeziende voogd, die daartoe even weinig als iemand anders bevoegd is. Zie DE PINTO, *Adv.*, bl. 160, 161 *b*).

---

a) DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 191 en 192, betoogt dat de aldus verkregen erfenis in het algemeen aan het vruchtgenot onttrokken is; dat dus ook de vader geen vruchtgenot erlangt van de erfenis, die het kind, ten gevolge van de onwaardigheid der moeder, verkrijgt.

b) Tot onderhoud en opvoeding zijn de ouders verpligt, al hebben de kinderen

3°. Renten en interessen is eigenlijk hetzelfde. Uit het gebruik dezer twee woorden nogtans is het duidelijk, dat hier ook twee zaken bedoeld worden. Art. 385 *C. N.* zegt *arrérages et intérêts*. — Renten beteekent hier dus waarschijnlijk hetzelfde als het Fransche *arrérages*, dat is, de verschenen termijnen van lijfrenten en gevestigde of altijddurende renten.

4°. Ook die van de laatste ziekte; want deze kosten behooren tot het onderhoud, bedoeld bij n°. 2. — De begrafenis-kosten zijn in dit geval een last, eene schuld van de ouders, die het vruchtgenot hebben, en dus niet van den boedel van het kind. Zij kunnen daarom niet als lasten van den boedel van de baten worden afgetrokken voor de berekening van het regt van successie. Art. 27 der wet van 13 Mei 1859 (*Stbl.* n°. 36), waarover zie meer *Opm. en Meded.*, XVI, 169—176.

§ **227.** Volgens de gewone regelen van het vruchtgebruik zou het, niettegenstaande het vóóroverlijden van het kind, eerst eindigen met het tijdstip, waarop het den ouderdom van twintig jaren zou bereikt hebben, art. 856. Men is hier van die regels afgeweken, omdat het vruchtgenot aan verschillende lasten is onderworpen, die met den dood ophouden; omdat de vaderlijke magt, waarvan het een uitvloeisel is, met den dood van het kind eindigt *a*). Ook daarover zweeg de *C. N.* De vraag werd echter door Delv,, II, 96, 97; Toullier, II, 1072, en anderen toestemmend beantwoord.

1°. Omdat door het huwelijk de minderjarigheid eindigt (art. 385), en daarmede de vaderlijke magt, waarvan het vruchtgenot een uitvloeisel is (art. 354, 366).

4°. De moeder die hertrouwt, gaat in de magt van haren nieuwen echtgenoot over, en het vruchtgenot der goederen van hare kinderen zou denzelfden weg gaan, zoo zij het behield.

5°. Is evenwel de echtscheiding uitgesproken tegen den vader,

---

in het geheel geen goederen, art. 353. De hier opgelegde last verpligt hen, indien dit in het belang van het kind wenschelijk is, daaraan zoodanige meerdere kosten te besteden, als in overeenstemming is met het vermogen van het kind.

a) Tegen de vrij algemeen aangenomen leer dat het vruchtgenot een uitvloeisel is van de ouderlijke magt, verklaart zich Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 184—186.

dan verkrijgt de moeder toch het vruchtgenot eerst na den dood van den vader. Deze laatste verliest wel het vruchtgenot, maar niet de vaderlijke magt, waarin de moeder hem niet kan opvolgen dan na zijnen dood; dat verlies is eene straf voor den vader, en de moeder behoort daaruit geen voordeel te genieten *a*).

§ **228.** Men moet dit niet verwarren met het onderhoud, waarvan in art. 376 gesproken wordt, want 1°. is dit laatste verschuldigd ook door meerderjarige kinderen; 2°. op het laatste hebben alleen behoeftige, op het eerste ook niet behoeftige ouders aanspraak; en 3°. het laatste strekt tot onderhoud der ouders of grootouders, het eerste tot voorziening in de kosten van opvoeding der kinderen.

Voor hunne opvoeding *b*).

Wederzijdsche verpligtingen tusschen ouders of voorouders en kinderen of verdere afkomelingen.

Hoewel de bepalingen over het onderhoud door ouders en grootouders aan kinderen en kleinkinderen, en wederkeerig, te verstrekken, in het wetboek voorkomen in den titel over de vaderlijke magt, zijn zij evenwel geen regtstreeksch gevolg van die magt. Het onderhoud blijft verschuldigd, al heeft de vaderlijke magt opgehouden te bestaan: het strekt zich uit tot grootouders en schoonouders, terwijl de vaderlijke magt zich bepaalt tot den vader en de moeder. De *C. N.* handelde hierover in den titel over het huwelijk, 5[de] hoofdstuk: *des obligations qui naissent du mariage.*

---

§ **230.** Het was onder de Fransche jurisprudentie vrij algemeen uitgemaakt, dat de verpligting tot onderhoud *solidair* was, zoodat de vader elk zijner kinderen voor het geheel kon aanspreken, behoudens het verhaal van het kind op zijne broeders en zusters, ieder voor zijn aandeel. PAILLIET, *ad* art. 205, n°. 1.

---

a) Ook gaat het vruchtgenot krachtens art. 335 *C. P.* verloren, indien de vader of de moeder wordt veroordeeld ter zake van *excitation à la débauche.*

b) Zie mijne noot op § 226, 2°.

Zie ook DELV., II, 42. Deze beslissing berust voorzeker op zeer billijke gronden, en daar ons wetboek hieromtrent niets beslist heeft, mag men het er voor houden, dat zij stilzwijgend bekrachtigd is. Wat ook is de verpligting tot het verschaffen van onderhoud? Zij legt den kinderen de verbindtenis op tot voeding, kleeding, woning en dekking hunner behoeftige ouders: *legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest. L.* 6 *D. de alim. et cib. leg.*, maar die verbindtenis is uit haren aard voor geene gedeeltelijke uitvoering vatbaar; want half onderhoud, zoo het zich al denken laat, zou zeker niet aan het verlangen der wet noch aan de behoefte der ouders voldoen; de verbindtenis is dus ondeelbaar, art. 1333, en juist daarom van zelve solidair, art. 1337. Zie *Regtsg. Adv.*, II, 67—71. Een natuurlijk gevolg van die solidariteit is het ook, dat daar, waar kinderen zijn, en kleinkinderen, geboren uit vooroverleden kinderen, deze laatsten niet van de verpligting tot onderhoud zijn ontslagen, noch ook alleen gehouden *in subsidium*, voor het geval van onvermogen der kinderen in den eersten graad; maar dat integendeel de hulpbehoevende adscendent kan aanspreken wien hij wil, want de wet maakt geene van die onderscheidingen. Zie meer hierover D. L. DE L. LAGUNA, *Diss. de qu. an obl. praest. alim. parentibus caeterisq. adscendentibus egen. in sol. sit et indiv.*, L. B. 1850. Anders echter arrest van den hoogen raad van 7 Junij 1850, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XII, 71—87 *a*).

---

a) De ondeelbaarheid der schuld wordt thans vrij algemeen ontkend, en m. i. op goede gronden. Het is waar, men kan niet leven van een gedeelte van hetgeen men tot onderhoud volstrekt noodig heeft, maar, gelijk DIEPHUIS, *N. B. R.*, d. V, bl. 222, opmerkt, men kan wel leven met gedeeltelijke ondersteuning, en ook wel door verschillende afzonderlijke bijdragen, die te zamen het noodige verschaffen; ook de bedelaar leeft van de gezamenlijke aalmoezen, die hij ontvangt. Gedeeltelijke ondersteuning acht de wet dan ook mogelijk, wanneer het vermogen van den onderhoudpligtige te gering is om geheel in het onderhoud van den behoeftige te voorzien, art. 379. Met de ondeelbaarheid als eenige grond voor de hoofdelijkheid, vervalt ook deze laatste, en tevens de aanleiding tot de bewering dat de behoeftige ieder der onderhoudpligtigen, wien hij wil, voor de geheele uitkeering kan aanspreken, behoudens het verhaal van den laatste op de overige onderhoudpligten, ieder voor hun aandeel. Maar wat dan indien er meerdere onderhoud-

§ **231.** De wet bedient zich hier niet, zoo als in art. 376, van algemeene uitdrukkingen, maar spreekt bepaaldelijk van schoonzoon, schoondochter en schoonouders; daaruit volgt, dat dezelfde verpligting geene plaats heeft tusschen den eenen echtgenoot en de grootouders der andere echtgenoot.

1°. De man, in wiens magt de schoonmoeder alsnu overgaat, is verpligt haar te onderhouden. Art. 162.

2°. De *ratio legis* is, volgens het gezegde van LOCRÉ, II, 343, omdat de schoonzoon of schoondochter en hunne schoonouders daardoor vreemd aan elkander worden, ofschoon de zwagerschap blijft bestaan. Art. 352. Wat als het huwelijk van den schoonzoon door echtscheiding is ontbonden, en er geene kinderen zijn? Dezelfde *ratio legis* zal dan wel, en veelal zelfs in nog hooger mate, bestaan. Het antwoord zal dus ook hetzelfde moeten zijn, al heeft de wet slechts het meest gewone geval uitdrukkelijk vermeld. Anders echter *Regtsg. Adv.*, II, 44—47.

§ **232.** Tot onderhoud *a*).

§ **234.** Ontheffing of vermindering *b*).

§ **235.** Zijn nietig *c*).

---

pligtigen zijn? Zullen alle gezamenlijk moeten worden aangesproken? Zal de behoeftige ieder hunner afzonderlijk voor een bepaald gedeelte kunnen aanspreken, of wel zal hij ten deze eene bepaalde rangorde moeten in acht nemen, met dit gevolg dat de verpligting eerst drukt op de wettige, daarna op de natuurlijke wettelijk erkende bloedverwanten, eindelijk op de aangehuwden? Het laatste beweert OPZOOMER, *B. W.*, d. II, bl. 277 vlg. Bij het geheel stilzwijgen der wet daaromtrent, schijnt mij het meest aannemelijk het stelsel door ASSER, *Hdl.*, bl. 351 en 352 gehuldigd, dat hij allen gezamenlijk mag aanspreken, en dat wanneer hij dit niet doet, de gedaagde de mede-onderhoudpligtigen in het geding mag roepen, opdat de regter ten aanzien van allen den maatstaf van art. 379 kunne toepassen. Zie ook *Jurid. Spectator*, I, 176.

a) Tot het tijdstip der meerderjarigheid rust op de ouders de verpligting tot onderhoud en opvoeding; daarna zijn zij alleen verpligt tot onderhoud, artt. 358 en 378.

b) De wet spreekt alleen van ontheffing of vermindering. Is daardoor verhooging uitgesloten bij verhoogde behoefte van den een of vermeerderd fortuin van den ander? Ofschoon de wet de vordering hiertoe niet uitdrukkelijk toekent, schijnt zij toch te moeten worden aangenomen. Anders toch zou de door art. 379 gewilde verhouding verbroken worden.

c) Omdat de verpligting tot het verschaffen van onderhoud is opgelegd in het belang van zedelijkheid en openbare orde. In den regel kan dan ook op de in regten toegewezen gelden tot onderhoud geen beslag worden gelegd, art. 756 *Regtsv.*, en zijn

TITEL XVI.

VAN DE MINDERJARIGHEID EN DE VOOGDIJ.

(Artt. 385—472. EERSTE GEDEELTE, § 236—288, bl. 84—94.)

Geschriften: ASSER, 169—201; VOORDUIN, III, 1—129; VAN DER VOORT, I, 2, 1—162; DIEPHUIS, II, 232—285; OPZOOMER, I, 175—199; OPZOOMER, *B. W.*, II, 293—426; DIEPHUIS, *N. B. R.*, V, 237—249 en 278—505; ASSER, *Handl.*, I, 354—426; DONKER CURTIUS, 253—310; *Regtsg. Bijdrag.*, V, 218—289; W. DE SITTER, *Coll. jur. ant. maxime sec.* GROTIUM, *et hod. patr. in loco qui est de tut.* Gron. 1843.

Minderjarigheid.

§ 236. Hoe moeijelijk en hoe onmogelijk het is, *a priori* bij algemeenen regel den leeftijd vast te stellen, waarop een ieder geschikt is om van het toezigt van anderen ontslagen en geheel aan zich-zelven overgelaten te worden, bewijst de verschillende ouderdom, daartoe in de verschillende wetgevingen aangenomen. Bovendien is het een noodzakelijk vereischte voor het huwelijk, dat de beide echtgenooten ligchamelijk geheel volwassen zijn. Dit is niet in alle landen op denzelfden leeftijd het geval, omdat het klimaat inzonderheid, maar ook andere omstandigheden daarop van grooten invloed kunnen zijn. Bij ons was men vóór het Hollandsch Wetb. *Nap.* meerderjarig met zijn vijf-en-twintigste jaar, DE GROOT, *Inl.*, I, 7, 2; dat wetboek stelde de meerderjarigheid op drie-en-twintig jaren, art. 289; de *C. N.* vereischte slechts één-en-twintig jaren, art. 388, 488; bij ons is men onder het tegenwoordige regt eerst weder op zijn drie-en-twintigste jaar meerderjarig, met dien verstande nogtans, dat zij, die vóór de

---

zij ook niet aan schuldvergelijking onderworpen, art. 1465. Zij zouden dan strekken tot betaling van schulden en derhalve aan de daaraan in het belang van zedelijkheid en openbare orde gegeven bestemming worden onttrokken.

invoering der nieuwe wet reeds hunne meerderjarigheid hadden verkregen, ook daarna meerderjarig bleven, art. 5 der *transitoire* wet. — Men handelt om de gezegde redenen zeker voorzigtig, wanneer men het tijdstip der meerderjarigheid niet te vroeg stelt, maar daarvoor bepaalt eenen leeftijd, op welken ieder mensch verstandelijk en ligchamelijk tot volkomen rijpheid moet zijn gekomen; velen waren echter van meening, dat het daartoe niet noodig was eene nieuwe bepaling te maken, maar dat die van den *Code* zonder nadeel kon behouden blijven. En inderdaad is er dan misschien niet wel eene reden te vinden, waarom zou moeten worden aangenomen, dat in ons land de jonge lieden zoo veel later dan bij onze Fransche en Belgische naburen, naar ligchaam en naar geest tot rijpheid komen, en dus twee jaar langer moeten onmondig blijven. Wij leven nagenoeg onder dezelfde luchtstreek; en het ernstige en bedaarde Hollandsche volkskarakter zou misschien veeleer eene reden zijn om de minderjarigheid althans niet langer te doen duren dan in Frankrijk en in België *a*).

En niet vroeger, enz. Het huwelijk maakt van regtswege meerderjarig, omdat hij, die met toestemming zijner ouders de gewigtigste aller overeenkomsten treft, ook in staat moet geacht worden tot alle mindere handelingen; omdat de man, die de maritale magt, de man of de vrouw, die de vaderlijke magt en de voogdij over hunne kinderen uitoefenen, niet zelve onder voogdij van een ander moeten staan. Zoo was het ook onder onze voormalige wetgeving, DE GROOT, *Inl.*, I, 6, 4; *Briefw. van eenige regtsgeleerden*, bl. 83, 84. Volgens den *C. N.*, art. 476, bekwam een minderjarige door het huwelijk slechts handligting; doch alle minderjarigen onder den *Code* gehuwd, werden op den

---

a) Ook in Duitschland, Rusland, Engeland, Italie en Noorwegen wordt men thans op 21jarigen leeftijd meerderjarig. Gelijkvormigheid met hetgeen in deze landen geldt, ware wenschelijk, ook om het steeds toenemend internationaal verkeer. Eene poging daartoe is hier te lande destijds aangewend door den toenmaligen Minister van Justitie VAN LIJNDEN VAN SANDENBURG, door het indienen van een wetsontwerp, waarbij werd voorgesteld de meerderjarigheid op 21jarigen leeftijd te doen aanvangen. Dat wetsontwerp is echter spoedig na zijne indiening weder ingetrokken.

dag van de invoering der nieuwe wetgeving meerderjarig, art. 8 der *transitoire* wet.

Voogdij in het algemeen.

§ **238.** De Romeinen noemden de *tutela* een *jus ac potestas;* en de uitleggers hebben veel over de beteekenis dezer woorden getwist. Sommigen hebben beweerd, dat beiden hetzelfde beteekenden, anderen hebben gemeend, dat het eerste sloeg op den persoon, het tweede op de goederen; anderen weder noemden *vis*, *eam potestatem quae cum coercitione conjuncta est*, en *potestas*, *eam quae sine coercitione est.* HEINECCIUS, *Recitt. ad tit. I. de tut.*, § 203; VINNIUS, A. COSTA, *ad l.* § 2 enz. Allen komen daarin overeen, dat beide woorden alleen eene soort van regt te kennen geven. Intusschen legt de voogdij niet alleen regten maar ook pligten op; de voogd heeft niet alleen het regt, maar hij is ook verpligt voor den persoon en voor de goederen van den minderjarige te waken.

§ **239.** De Romeinsche en oud-Hollandsche wetten lieten twee of zelfs meer voogden voor dezelfde voogdij toe. Zie b. v. § I *I. de satisd. tut. et cur.*, *l.* 3, *l.* 55 *D. de adm. et peric.*, enz.; DE GROOT, *Inl. B.* I, *D.* 7—10; VAN LEEUWEN, I, 16; *Briefw.* 90, 91, enz. — Doch, wat er ook voor dat beginsel te zeggen moge zijn, het was altijd onderhevig aan groote ongelegenheid, dat de ware belangen der minderjarigen door de verschillende inzigten, en vooral door de oneenigheid der voogden, doorgaans veel te lijden hadden. De *C. N.* had de zaak niet duidelijk beslist; want indien men het er aan de éene zijde voor houden moest, dat de wet, die altijd sprak van *un tuteur*, slechts éénen voogd toeliet, was het toch aan den anderen kant zeker, dat wel art. 417 geacht kon worden aan de familieraden de benoeming van meer voogden te verbieden, maar dat voor ouders dat verbod nergens gevonden werd. Ons art. heeft de zaak geheel beslist. Het spreekt echter van zelf, dat, wanneer twee voogden, door vader of moeder benoemd, de voogdij hebben aangenomen en zich als voogden gedragen, zij zich niet op dit artikel kunnen beroepen, om zich te onttrekken aan het doen van rekening en verantwoor-

ding, volgens art. 467—472. Zij zijn daartoe zelfs gehouden ieder voor het geheele bestuur der voogdij, dat eene ondeelbare verpligting daarstelt; het is dan ook daarom, dat alle wetgevingen, die meer voogden toelieten, hen ook hoofdelijk aansprakelijk stelden voor het beheer. *L.* 55 *D. de adm. et peric.;* DE GROOT, *Inl.*, I, 9, 11; POTHIER, *Traité des obl.*, n°. 267. Onze wet zou hetzelfde gedaan hebben, indien zij meer dan één voogd had toegelaten. Dit volgt uit de analogie van art. 406 en 1063; en daartegen kan niet worden ingebragt de bepaling van art. 1318, omdat hier in allen gevalle de artikelen 1333 en 1337 van toepassing zijn.

§ **241.** De oppervoogdij over alle minderjarigen en de aanstelling der voogden was in alle onze voormalige gewesten, met uitzondering van Friesland, waar het één zoowel als het ander aan den regter was overgelaten, toevertrouwd aan de gemeentebesturen, of aan de hen vervangende wees- of momboirkamers 1), wier gezag zoo groot was, dat zij eigenlijk met regt konden gezegd worden voogden te zijn, terwijl deze niets anders waren dan de werktuigen in de handen der weeskamer, waardoor deze de voogdij uitoefende. Wel was men in het ontwerp van 1820, art. 599—605, tot die weeskamers teruggekeerd; maar eene lange ondervinding had te veel geleerd, aan welke verwaarloozing en onverschilligheid de belangen wel bovenal van den persoon, maar toch ook van de goederen der minderjarigen onder het beheer der weeskamers waren blootgesteld geweest, om zulk een stelsel op nieuw in de wet op te nemen. Niets pleitte welligt meer tegen de weeskamers, dan de omstandigheid, dat het eene vaste gewoonte was geworden haar altijd, als men kon, (eerbiedig) uit te sluiten. Zie verder over de weeskamers DE GROOT, *Inl.*, I, 7, § 10, 13; 8 § 4, 5; 9, § 2, 3, 8, 9, 10, 12, 14; VAN LEEUWEN, *R. H. Recht*, I, 16, n°. 1, 4; VOET, *ad tit. D. de tut. et cur.*, n°. 5; *Wetb. Nap. voor het Kon. Holl.*, artt. 301—308; MEIJER, *Inst. jud.*, IV, 369—373; *Briefw.*, 87—90;

---

1) Momboir-kamer, dat is, voogden-kamer van momboir of mondborg, VAN LEEUWEN, *R. H. Recht*, I, 16, 1.

J. C. Voorduin, *Diss. de jurispr. comp. in loco jur. Belg. nov., qui est de constituendo tutore*, *Tr. ad Rh.* 1824, p. 146—152, enz.; en vooral ook eene zeer merkwaardige verhandeling van van Voorst, in de *Weegschaal* van 1829, bl. 589—621. — Naar het Fransche regt daarentegen was het de familieraad, zamengesteld uit de naaste bloedverwanten of aangehuwden van vaders- en moederszijde, en voorgezeten door den vrederegter, die de voogden benoemde voor de minderjarigen, die er geene hadden, en die kennis nam van de redenen van verschooning en afzetting; onder wier toezigt eindelijk de voogden de voogdij bestuurden. Deze familieraden zijn door sommigen hoog geprezen en aanbevolen, door anderen niet minder hevig bestreden en afgekeurd. De naastbestaanden kennen beter dan iemand anders den toestand en de behoeften van den minderjarige; zij zullen hem de meeste liefde toedragen, en het meeste belang stellen in zijn lot, in zijne opvoeding en verzorging; zij hebben, als zijne vermoedelijke erfgenamen, het meeste belang bij het rigtige beheer zijner goederen (*hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. L.* I. *Pr. D. de legit tut.*). Zoo spraken de voorstanders der familieraden. Maar men heeft daartegen ingebragt den grooten omslag en de kosten, die er het gevolg van waren, en voorts, dat men in verschillende plaatsen van het koningrijk eenen grooten tegenzin koesterde tegen een stelsel, waarbij een regterlijk ambtenaar met particuliere burgers tot eenen raad werd vereenigd en de daaruit ontstaande botsingen, en dat de groote verwachtingen, die men zich van deze in het afgetrokkene zoo schoone instelling gevormd had, door de uitkomst slecht waren vervuld geworden. Men is bij ons zelfs zoo ver gegaan om te beweren, dat zij in strijd zou zijn met art. 166 (thans 149) onzer Grondwet 1).

---

1) Men heeft misschien door deze laatste redenering wat te veel toegegeven aan haat tegen de Fransche instellingen. Hetzelfde beginsel toch van dit art. 149 straalt overal door in de geheele Fransche wetgeving, en het is onjuist te zeggen, dat de familieraden eenige regtsmagt uitoefenden; zij waren alleen belast met te waken voor de belangen hunner minderjarigen, en hunne uitspraken waren in belangrijke zaken onderworpen, het zij aan de bekrachtiging van, het zij aan beroep op de regt-

Het is om deze en dergelijke redenen, dat men bij ons weder van het stelsel der familieraden is afgeweken. De kantonregter of de arrondissements-regtbank *a*) alleen vervangt hen, doch beiden zijn gehouden vooraf het gevoelen der bloedverwanten in te winnen. Men heeft gemeend hierdoor de voordeelen der familieraden te behouden en de nadeelen te vermijden. Of wel de ondervinding die verwachting in alle opzigten bevestigd heeft, mag misschien betwijfeld worden. Zeker is het, dat de betrekking van den kantonregter en van de regtbanken in dit opzigt allergewigtigst, maar ook tevens zeer moeijelijk geworden is, wanneer ten minste het voor hen iets meer zal zijn dan eene bloote formaliteit, waarin het hier en daar wel schijnt te ontaarden, en uit den aard der zaak misschien ook wel moet ontaarden. Het verschil is dus wel zoo groot niet, als het oppervlakkig schijnt, en bestaat welligt meer in den vorm dan in het wezen der zaak. Veelal toch zijn het ook nu de bloedverwanten, die inderdaad beslissen; en worden hunne beslissingen slechts gehomologeerd door den regter, die zich, in den regel, met hunne adviezen vereenigt en moet vereenigen. Alleen in de niet zeer menigvuldig voorkomende gevallen, dat de bloedverwanten in gevoelen verschillen, is de regterlijke beslissing iets meer dan bloote formaliteit. Zie voorts over de familieraden, artt. 405—416, 438, 439, 446, 450, 454, 455, 457, 461, 463—465, 467, 468, 478 *C. N.;* art. 882—889 *C. de Pr.;* LOCRÉ, III, 429; *Briefw.* t. a. p.; MEIJER, *Inst. jud.*, V, 378—380; REHBERG, 180—187; VOORDUIN, aang. *Diss.*, 157—159; J. C. VERNEDE, *Diss. de cons. fam.*, *Tr. ad. Rh.* 1821.

Bij gebreke van bloedverwanten of aangehuwden beslist de regter, zonder iemand te hooren. In den Franschen familieraad

---

banken. Men verlieze bovenal niet uit het oog, dat die instelling zoo Fransch niet is, als sommigen denken Hier te lande was de zorg voor de minderjarigen, vóór men nog aan de weeskamers dacht, reeds aan de nabestaanden opgedragen. Zie b. v. DE GROOT, *Inl.*, I, 7, 10; VAN LEEUWEN, t. a. p.; VOORDUIN, aang. *Diss.*, 28—33.

a) Bij de wet van 18 April 1874, *Stbl.* n°. 68, zijn de hier bedoelde bemoeijingen aan den kantonregter opgedragen. Alleen in hooger beroep, neemt de arrondissements-regtbank daarvan kennis.

werden in dat geval diegenen geroepen, die bekend waren als met den vader of met de moeder in vriendschapsbetrekking geleefd te hebben, art. 407 *C. N.;* maar met de afschaffing der familieraden is de reden hiervan vervallen *a*).

§ **242.** Ofschoon art. 389 daaromtrent het stilzwijgen bewaart, schijnt het evenwel uit den aard der zaak te volgen, dat die boete dadelijk door den regter, bij wien het verhoor moet plaats hebben en dus niet door den gewonen strafregter wordt uitgesproken, en dat deze dus ook alleen oordeelt over de redenen tot verschooning van de afwezigheid bijgebragt *b*). De boete is niet zoo zeer eene straf, als een dwangmiddel om den afwezige te noodzaken om te verschijnen. Zie ook arrest van den hoogen raad van 24 December 1868, bij VAN DEN HONERT, Afd. *Gem. Zak.*, XXIV, 324—329. Anders echter *Regtsg. Adv.*, VII, 213—217 *c*).

Men moet uit de uitdrukkelijke bepaling der wet, dat de bloedverwanten en de toeziende voogd zich door eenen gemagtigde kunnen laten vertegenwoordigen, niet afleiden dat de voogd altijd in persoon moet verschijnen. Dergelijke redeneringen *a contrario* zijn altijd uiterst gevaarlijk. Het artikel dient ook eigenlijk niet zoo zeer om te zeggen, dat de bloedverwanten bij gemagtigde kunnen verschijnen, als wel om te bepalen, dat eene algemeene volmagt daartoe niet voldoende is, en dat dezelfde gemagtigde niet meer dan één persoon vertegenwoordigen kan. Het eerste sprak van zelf, en daartoe was geene uitdrukkelijke bepaling noodig; want men kan in den regel alle handelingen laten verrigten door eenen gemagtigde, zoo lang de wet dit niet uitdrukkelijk verbiedt. Maar deze regel geldt ook voor den voogd.

---

a) Indien zij niet ontbreken maar aan de oproeping om te verschijnen niet voldoen, kan de regter alsnog eene nadere oproeping van een ander bloedverwant of aangehuwde bevelen, art. 1 der wet van 15 Nov. 1876, *Stbl.* n°. 195. Dit kan zeer nuttig zijn, indien hij zich op de eerste comparitie niet genoegzaam voorgelicht acht.

b) De wet van 15 Nov. 1876, *Stbl.* n°. 195, heeft hieromtrent allen twijfel opgeheven door te bepalen dat de boete wordt opgelegd door den regter, voor wien de nalatige had moeten verschijnen.

c) Bij art. 445 van het nieuwe strafwetboek wordt niet-verschijning strafbaar gesteld met eene boete van ten hoogste zestig gulden.

Het is zeer waar, dat voogdij, een persoonlijke last zijnde, als zoodanig niet bij algemeene volmagt op een ander kan worden overgedragen, maar daaruit volgt nog niet, dat hij niets door eenen gemagtigde kan laten verrigten; en er is niet ééne reden om aan te nemen, dat hij deze handeling minder dan eenige andere aan een gemagtigde zou kunnen opdragen.

In het laatste geval *a*).

§ **243**. De hypotheek moet geëvenredigd zijn aan het beheer der voogdij en niet aan het vermogen van den minderjarige. Daaruit volgt, dat daarbij niet in aanmerking komen de onroerende goederen, die de voogd kan noch mag vervreemden (art. 451—455), maar alleen hunne inkomsten en de roerende goederen. ASSER, 180, VOORDUIN, 36. De bepalingen omtrent de hypotheken, door voogden te geven, zijn voor het overige geheel nieuw, en is daarbij afgeschaft het Fransche stelsel der wettelijke en stilzwijgende hypotheken, die, van het oogenblik dat iemand voogd werd, van regtswege, zelfs zonder inschrijving, kleefden op al zijne goederen. Artt. 2121, 2122, 2135 *C. N.* Zie verder beneden *ad* § 699. In *Themis* van 1873, bl. 28—40, wordt geleerd, dat ouderlijke voogden (vader of moeder) van de verpligting om hypotheek te stellen ontheven zijn. *In jure constituendo* moge voor die leer veel te zeggen zijn, en voor den toezienden voogd moge het somtijds moeijelijk zijn den vader of de moeder daartoe te noodzaken, dit kan geen reden zijn, om de ouders te ontslaan van eene verpligting, die de wet, zonder eenige uitzondering, in het algemeen aan alle voogden oplegt; te minder nog, omdat de wet, wanneer zij de algemeene bepalingen der voogdij in één of ander opzigt niet wil hebben toegepast op ouderlijke voogden, dat altijd uitdrukkelijk zegt. Zie b. v. artt. 429, 446, 448, enz.

---

a) Van de bevoegdheid zich te laten vertegenwoordigen wordt zeer dikwijls gebruik gemaakt. De gevolmagtigde, die veelal onkundig van de belangen van den minderjarige, geen gevoelen, op kennis van zaken gegrond, zal kunnen uitspreken, zal intusschen den regter weinig licht verschaffen. Het is daarom zeer heilzaam dat den regter bij de wet van 15 Nov. 1876, *Stbl.* n°. 195, de bevoegdheid is toegekend te gelasten, dat de vertegenwoordigde alsnog in persoon verschijne.

Het nieuwe stelsel, te vinden in artt. 390—399, komt kortelijk hierop neder. Dadelijk *a*), na het openvallen van eene voogdij, het zij de voogd al dan niet onroerende goederen bezit, bepaalt de kantonregter, na verhoor van den voogd, den toezienden voogd en de bloedverwanten of aangehuwden, de hoegrootheid der som waarvoor hypotheek moet worden gegeven, bij welke begrooting echter geenszins in aanmerking komt de waarde van die effecten aan toonder, die, op verzoek van den voogd, door hem in de consignatiekas worden in bewaring gegeven *b*). De voogd, die geene of geene genoegzame vaste goederen bezit voor verband vatbaar, moet hypotheek geven of die aanvullen, zoodra hij zoodanige goederen verkrijgt. De gestelde hypotheek kan vergroot of verminderd worden, indien de gegoedheid van den minderjarige is toegenomen of afgenomen, buiten schuld van den voogd. Tegen de uitspraak van den kantonregter kunnen zoowel de voogd als de toeziende voogd en de gehoorde bloedverwanten of aangehuwden in hooger beroep komen bij de arrondissements-regtbank. De kantonregter beslist insgelijks, na verhoor derzelfde personen, en behoudens hooger beroep, de geschillen over de waarde der tot hypotheek aangeboden goederen. De voogd kan altijd het zij de nog te stellen, het zij de reeds gestelde hypotheek vervangen òf door hypotheek op de goederen van een derde, die daarin toestemt, òf door ten behoeve van den minderjarige verbonden inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld, berekend naar den koers van den dag *c*). De hypothécaire inschrijving of het verband op het grootboek houdt op met de verantwoordelijkheid van den voogd, dat is, na het doen der rekening, met overgifte der bescheiden en uitkeering van het saldo.

---

a) Te regt merkt ASSER, *Hdl.* bl. 394, op, dat spoed ten deze noodig is, zoowel om het gevaar dat de voogd zich vóór de inschrijving der hypotheek van zijne onroerende goederen ontdoe, als wegens den rang der inschrijving, waarop het bij hypotheken in de allereerste plaats aankomt.

b) Bepalingen nopens die consignatie bevat de wet van 26 Mei 1841, *Stbl.* n°. 14, in verband met art. 6 der wet van 10 Nov. 1875, *Stbl.* n°. 204, en het K. B. van 1 Febr. 1876, *Stbl.* n°. 36.

c) Ook de bevoegdheid om de gestelde hypotheek te vervangen door hypotheek op een ander hem toebehoorend goed, zal men, ofschoon de wet dit niet uitdrukkelijk bepaalt, den voogd uit den aard der zaak niet kunnen ontzeggen.

In het algemeen wordt hypotheek alleen gesteld bij notariële akte; die van den voogd echter kan daarenboven bij de beide hier opgenoemde akten, voor den kantonregter worden verleden, en voorts bij elke andere authentieke akte. Wat beteekent dit laatste? Wordt daarmede alleen bedoeld iedere authentieke akte, waarbij in den regel hypotheek gesteld wordt, en dus met andere woorden altijd gevorderd eene notariële akte? Of is ook eene andere akte van den kantonregter, des noods eene kantonregters-akte *ad hoc* voldoende? Zeer zeker het laatste. Behalve dat wel degelijk de voogdij-hypotheken in den regel voor den kantonregter gesteld worden, en dat dus bij dergelijke akten in den regel die hypotheken kunnen worden gegeven; en behalve dat er ook geene reden denkbaar is, waarom dit wel zou kunnen geschieden bij de akte van benoeming en beëediging, en niet bij eene andere kantongeregts-akte, zijn de woorden van het artikel duidelijk en algemeen: elke authentieke akte, en de akte, verleden voor den kantonregter, is eene authentieke akte. Eindelijk, indien met die woorden niets anders bedoeld was dan notariële akte, dan beteekenden zij eigenlijk niets; want dat de hypotheek kan worden gesteld bij elke notariële akte, is reeds bepaald bij art. 1217, en behoefde dus hier niet herhaald te worden. Zie meer *Regtsg. Bijbl.*, VI, 150—160 *a*).

§ **244.** 1°. De wettige voogdij der grootouders, in de Fransche wet, artt. 402—404 *C. N.*, bekend, is dus afgeschaft, omdat de grootouders, meestal zwakke en oude lieden, voor de voogdij ongeschikt zijn; waar dit het geval niet is, behoudt de kantonregter de bevoegdheid, den grootvader (niet de grootmoeder, art. 436) tot voogd over zijne kleinkinderen te benoemen. In ons voormalig regt, daarentegen, werd de wettige voogdij, na doode van vader of moeder, in het geheel niet toegelaten, de langstlevende der ouders kon zoowel door den eerststervenden worden uitgesloten, als door het plaatselijk bestuur of door de weeskamer, door de benoeming van een ander, worden voorbij-

---

a) In gelijken zin Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 471—474. Anders echter Opzoomer, *B. W.*, d. II, ad art. 396 en Asser, *Hdl.*, bl. 396.

gegaan. DE GROOT, *Inl.*, 1, 6, 1; 1, 7, 8; VAN LEEUWEN, *R. H. Recht*, 1, 16, 2 en 3; VOORDUIN, aang. *Diss.*, 48—53. Het wetboek van 1830 had de wettige voogdij der grootvaders, niet die der grootmoeders, behouden, in artt. 464, 465. Zie daarover VOORDUIN, aang. *Diss.*, 431—436.

Gedurende het leven der beide ouders komt er geene voogdij te pas; maar heeft de vader alleen uit kracht der vaderlijke magt, het bewind over de goederen zijner minderjarige kinderen, art. 362; maar dadelijk na het overlijden van één hunner, ofschoon ook dan de vaderlijke magt blijft bestaan, art. 355 *a*), valt de voogdij open, voornamelijk voor het beheer der goederen, onverschillig of het huwelijk vroeger door echtscheiding is ontbonden of niet.

Voogdij van den vader en van de moeder.

§ **246.** De vader, enz. Zelfs niet om ééne der wettige redenen van verschooning. Art. 434. Ontslaan, zegt dit artikel, doch dat beteekent niet, dat hij zich wel kan verschoonen van de voogdij, die hem door de wet wordt opgedragen over zijne kinderen. De vader wordt niet benoemd. Hij is voogd, omdat hij vader is. Bij hem kan dus geene verschooning, maar alleen ontslag te pas komen. De *C. N.* had omtrent dit punt niets beslist; en daarom werd te regt door DELV., II, 141, geleerd, dat de algemeene regelen over de verschooning van voogden ook op den vader van toepassing waren.

§ **247.** De man kan gegronde redenen hebben om te vreezen, dat zijne vrouw, vreemd aan de behandeling van geldzaken, minder geschikt zal zijn, om alleen al de lasten der voogdij te dragen en de daaraan verbonden pligten waar te nemen. Onze wet is hier verder gegaan dan de Fransche; volgens deze laatste (art. 391) behoefde de moeder slechts den raad te vragen van den raadsman, zonder dat zij gehouden was dien te volgen. In weerwil dezer vrij duidelijke bepaling der wet, waren het toch de Fransche schrijvers niet eens over den aard van de betrekking van den raadsman, er waren er die beweerden, dat niet alleen

---

b) Zie mijne aanteekening boven ad § 215.

zijn raad, maar dat ook zijne toestemming noodig was. Zie meer DEMOLOMBE, VII, 91—100. Bij ons is de zaak uitdrukkelijk beslist, art. 401 vordert zijne toestemming. Dit onderscheid is, in zijne gevolgen, zeer belangrijk; want men kan thans op den raadsman niet meer, gelijk onder den *Code*, den regtsregel toepassen van *l. 47 Pr. D. de R. J.: consilii non fraudulenti nulla obligatio est;* zie DELV., II, 143. De raadsman handelt nu zelf door het geven of weigeren van zijne toestemming, en hij moet dus wel degelijk jegens den minderjarige aansprakelijk zijn voor de nadeelen, die deze door zijne schuld mogt lijden (art. 1402) *a*).

Maar blijft de moeder, die zich naar de toestemming of naar de weigering van den raadsman gedragen heeft, ook nog verantwoordelijk? — In het eerste geval schijnt er weinig twijfel te bestaan; de moeder kan door den raadsman nimmer genoodzaakt worden om eene daad van voogdij te verrigten; zijne magt bestaat alleen in het *veto* voor die handelingen, die hij schadelijk oordeelt; de moeder dus, die met zijne toestemming handelt, handelt daarom niet minder vrijwillig, en blijft verantwoordelijk. Heeft daarentegen de raadsman zijne toestemming geweigerd voor eene handeling, die inderdaad nuttig zou geweest zijn, en heeft de minderjarige daardoor schade gelegen, dan moet men onderscheiden: art. 401 geeft aan de moeder, in dat geval, het regt, om beklag te doen aan de arrondissements-regtbank; en heeft deze nu, op haar beklag, de weigering van den raadsman goedgekeurd, dan spreekt het van zelf, dat de moeder van alle verantwoordelijkheid ontheven is; want zij mogt de daad, hoe nuttig, hoe noodig ook, niet verrigten; maar heeft zij van dit regt van beklag geen gebruik gemaakt, dan moet zij geacht worden stilzwijgend met den raadsman te hebben ingestemd, en dan blijft zij met en benevens dezen verantwoordelijk jegens den minderjarige voor alle schade door dezen door hare nalatigheid geleden.

---

a) Volgens OPZOOMER, *B. W.*, d. II, bl. 313 en DIEPHUIS, *N. B. R.*, d. V, bl. 301, is de raadsman niet verantwoordelijk voor het geven of weigeren der toestemming.

De wet bepaalt wel hoe de raadsman benoemd, niet hoe hij ontslagen wordt. Dat hij den last niet behoeft aan te nemen; maar dat hij dien eenmaal aangenomen hebbende, zich daaraan later niet kan onttrekken, valt niet te betwijfelen. Even duidelijk is het, dat op hem niet kunnen worden toegepast de redenen van onbevoegdheid, ontslag of ontzetting van voogden. Hij is geen voogd. Wel leert DEMOLOMBE, VII, 104, dat hij door den familieraad kan worden afgezet; en zegt DALLOZ, *Rép.*, in voce *minorité*, 85, dat de onwaardige of onbekwame raadsman, op verzoek van de moeder of van den familieraad kan worden ontzet uit zijne betrekking; maar in de wet is noch van het één noch van het ander iets te vinden.

§ **248.** De moeder, die een tweede huwelijk aangaat, gaat *eo ipso* over in eene andere familie en in de magt van haren tweeden man, die niet alleen een wettig gezag, maar daarenboven nog eenen dikwijls zeer grooten zedelijken invloed over haar uitoefent. De kinderen krijgen eenen nieuwen voogd in dien tweeden echtgenoot hunner moeder (art. 406), wiens inzigten dikwijls verdacht, wiens belangen meestal strijdig zijn met die der voorkinderen zijner vrouw; de belangen van dezen eindelijk staan altijd lijnregt tegen die der kinderen, uit het nieuwe huwelijk te verwekken, over. Men gevoelt, dat, om deze redenen, het belang der minderjarigen somtijds dringend vorderen kan aan de hertrouwende vrouw de voogdij harer voorkinderen te ontnemen. Zie ook LOCRÉ, III, 386, 387, 412.

Alles, enz. Die nalatigheid kan het gevolg zijn van een onwillekeurig verzuim, zelfs van onbekendheid met de wet. De moeder kan in weerwil daarvan zeer geschikt zijn voor de voogdij; en het ware belang harer kinderen kan het oneindig wenschelijker maken haar daarin te handhaven, dan een vreemde in hare plaats te stellen.

§ **250.** Deze voorzorg, die niet minder heilzaam en noodig is in het belang der voorkinderen, is geheel nieuw *a*).

§ **251.** De zorg over eene ongeboren vrucht kan niet wel aan

---

a) Op die heilzaamheid valt wel iets af te dingen. Het aanbieden alleen van een staat der goederen van den minderjarige, zonder eenigen meerderen waarborg,

den voogd der minderjarigen, wier belangen met die der vrucht strijdig zijn, worden opgedragen; van daar de instelling van eenen afzonderlijken ***curator ad ventrem.***

§ **252.** Dat de moeder wettige voogdesse van het kind wordt, spreekt van zelf.

§ **253.** De *C. N.* zweeg ten eenemale over de voogdij van natuurlijke kinderen; en zonder de woorden der wet te verdraaijen, en daaraan eene beteekenis te geven, waaraan de wet nooit gedacht had, was het niet wel mogelijk eenige voorschriften voor die voogdij daarin te vinden. Men kon alleen door redeneringen, aan de analogie of aan de natuurlijke billijkheid ontleend, de bepalingen over de voogdij van wettige kinderen op die der natuurlijke gedeeltelijk toepassen. Zie b. v. DELV., II, 141; DURANT., III, 431, enz. Onze wet heeft in die gaping voorzien. Maar zullen nu daarom ook de overige bepalingen dezer afdeeling op natuurlijke kinderen moeten worden toegepast? Het is wel waar, dat de wet overal, in artt. 400—407, een huwelijk vooronderstelt; maar aan den anderen kant is het niet minder zeker, dat overal bijna dezelfde reden (ja soms nog dringender, zoo als b. v. in art. 405) bestaat, en dat de toestemmende beantwoording der vraag dus in den geest der wet ligt.

Erkende kinderen *a*).

Voogdij door den vader of door de moeder opgedragen.

§ **254.** Ons art. 409 geeft aan de ouders meer magt dan art. 397 *C. N.*, door te bepalen, dat zij verscheiden personen

---

geeft al zeer weinig zekerheid voor den minderjarige. Art. 411 van het ontwerp 1820 eischte, dat de hertrouwende weduwnaar (de weduwe verliest ingevolge art 414 van dit ontwerp, door het sluiten van een nieuw huwelijk de voogdij over de goederen van den minderjarige) afrekening doe wegens hetgeen den minderjarige toekomt uit de erfenis van zijne overleden moeder. Gaat dus in dit opzigt onze bepaling niet ver genoeg, zij is in een ander opzigt te streng, voor zooverre het slot van art. 407 de bevoegdheid om den hertrouwden echtgenoot op nieuw de voogdij op te dragen, absoluut uitsluit. Uit het verzuim van inachtneming van het voorschrift van het eerste lid van gemeld artikel toch vloeit volstrekt niet voort, dat de vader *per se* ongeschikt is te achten tot behartiging van de belangen van den minderjarige.

a) Bij gebreke van erkenning, moet de kantonregter een voogd benoemen, artt. 418 en 420.

mogen benoemen, ten einde, bij ontstentenis (uit welken hoofde ook), elkander in de voogdij op te volgen. Onder het oud-Hollandsch regt mogt zelfs de eerststervende der ouders voogden benoemen; doch moest de benoemde voogd altijd door den regter of door de weeskamer in die hoedanigheid worden bevestigd. De Groot, *Inl.*, 1, 7, 9; Voet, *ad tit. D. de test. tut.*, n°. 5; Voorduin, aang. *Diss.*, 100—102.

Kunnen de ouders ook eenen voogd benoemen over hunne natuurlijke kinderen? — Ja; want 1°. spreekt art. 409 in het algemeen van den langstlevende der ouders (niet van echtgenooten); wel is waar, artt. 411 en 412 vooronderstellen een huwelijk en dus wettige kinderen; maar 2°. volgt het kennelijk uit de woorden van art. 408, waarbij de natuurlijke en wettige kinderen, voor zoo veel de voogdij betreft, gelijk gesteld worden; en 3°. volgt dit vooral uit den inhoud van art. 420, in verband met art. 413, die duidelijk aantoont, dat eerst dán de kantonregter eenen voogd benoemt ook over natuurlijke kinderen, wanneer zij overblijven zonder vader, moeder of voogd, door den vader of de moeder benoemd. — Zie ook *Regtsg. Bijbl.*, III, 378, 379; anders echter aldaar, 417—421, en arrest van den hoogen raad van 16 Nov. 1855, *Weekbl.* n°. 1696.

§ **256.** 2°. Ofschoon dit in de wet nergens uitdrukkelijk gezegd werd, leerden echter de Fransche schrijvers, dat de vader of de moeder, die van de voogdij is uitgesloten of daaruit ontzet, altijd het regt om eenen voogd te benoemen verliest. Delv., II, 151; Durant., III, 436. Wat er ook zij van de juistheid dezer leer onder den *C. N.*, bij ons schijnt zij althans niet aangenomen te kunnen worden. Art. 411 heeft hun dit regt ontnomen, alleen wanneer zij om de bepaalde reden bij art. 407 vermeld van de voogdij zijn uitgesloten; had nu de wet hetzelfde gewild voor alle andere redenen van uitsluiting, dan mag men het er voor houden, dat zij dit eveneens zou gezegd hebben. Zij heeft dit echter niet gedaan, en dus bestaat het geval om te zeggen: *qui de uno dicit de altero negat a*). Men zal hiervan evenwel

---

a) Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 331, Opzoomer, *B. W.*, d. II, bl. 320 en

moeten uitzonderen de ouders, die eene straf hebben ondergaan, waaraan de strafwet het verlies van dit regt, als een gevolg, mogt verbinden.

§ **257**. De voogdij, ook de testamentaire, is een *munus gratuitum*. De ouders k u n n e n den voogd een zeker loon voor zijn beheer toekennen, maar b e h o e v e n dat niet; en de voogd is daarom niet minder verpligt de betrekking aan te nemen. Dit loon derhalve is niets anders dan eene zekere vrijwillige gift of schenking, al wordt het gegeven voor een bepaald doel. Anders echter arrest van den hoogen raad van 23 Mei 1873, *Weekbl.* n°. 3592.

Voogdij door den kantonregter opgedragen.

§ **259**. Een natuurlijk kind heeft eigenlijk geene bloedverwanten. Het heeft geen regt hoegenaamd op de nalatenschap der bloedverwanten zijner ouders, art. 919; door de erkenning worden alleen betrekkingen tusschen het kind en zijnen vader of zijne moeder geboren, art. 335. Een natuurlijk gevolg van dit alles is het bepaalde bij art. 420.

§ **262**. Die eed, zoowel onder ons voormalig regt als onder het *Holl. Wetb. Napoleon* bekend, was bij den *C. N.* nergens voorgeschreven, ofschoon sommige vrederegters toch goedvonden dien den voogden af te nemen; het is een erkende waarheid, door de ondervinding bevestigd, dat men door de eeden noodeloos te vermenigvuldigen, den eerbied er voor meer en meer vermindert; en dat, hoe meer eeden men vordert, hoe ligtvaardiger zij gedaan en hoe spoediger zij vergeten worden. Zie voorts DE GROOT, *Inl.*, I, 9, 1; *Briefw.* 106, 107; *Holl. Wetb. Nap.*,

---

ASSER, *Hdl.*, bl. 368 en 369, beschouwen art. 411 niet als eene exceptionnele bepaling, die als zoodanig niet tot andere gevallen mag worden uitgebreid, maar als de toepassing op de aldaar genoemde gevallen van het aan art. 409 ten grondslag liggend beginsel, dat de testamentaire voogdij slechts is de voortzetting van de ouderlijke. Daaruit zou dan volgen dat het regt tot benoeming van zoodanigen voogd alleen toekomt aan hem die bij zijn overlijden de voogdij in handen had, en dat de vader of de moeder, die van de voogdij is uitgesloten of daaruit ontzet, daartoe onbevoegd is.

art. 329; TYDEMAN, *Regtsg. Mengelw.*, 15—17, enz. Ons art. 419 vordert dien eed alleen van den voogd door den kantonregter benoemd. Dat dus de ouders er van verschoond blijven, spreekt van zelf; maar men mag het gebod evenmin uitstrekken tot voogden, door hen benoemd. Het vertrouwen der ouders is veel grooter waarborg dan een eed, die overtollig is, wanneer de voogd goede en eerlijke bedoelingen heeft, en die den oneerlijke niet belet om de belangen der minderjarigen te verwaarloozen *a*).

§ **263.** Die bewindvoerder wordt niet alleen benoemd in het belang van den minderjarige, wiens goederen in de koloniën op die wijze beter bestuurd worden, maar ook om den voogd van het moeijelijkste gedeelte van zijn beheer te ontlasten; en dat schijnt wel de reden, waarom de benoeming alleen geschiedt op verzoek van den voogd. Het artikel is voor het overige algemeen, en kan dus worden ingeroepen door i e d e r e n voogd, en niet alleen door hem, die door den kantonregter benoemd is, gelijk wel eens verkeerd uit de plaatsing van het artikel in deze afdeeling is afgeleid; daarvoor bestaat geene andere reden, dan omdat de bewindvoerder altijd wordt benoemd door den kantonregter, en zijn beheer, voor zoo verre het eene soort van voogdij is, altijd *datief* is. De bewindvoerder is dan ook bij de wettige of testamentaire voogdij niet minder nuttig, en de *ratio legis* derhalve altijd dezelfde.

Voogdij van kinderen die in een gesticht zijn opgenomen.

§ **264.** Deze bepaling komt in den *C. N.* niet voor; doch voor Frankrijk was in deze voogdij voorzien bij eene afzonderlijke wet van 15 Pluv. XIII[de] jaar, te vinden bij LOCRÉ, III, 433. De kinderen, onverschillig of zij ouders hebben of niet, die zich in zulke gestichten bevinden, staan onder de voogdij der regenten;

---

a) Het laatste is volkomen juist. Zou het intusschen bij eene herziening van het *B. W.*, niet moeten leiden tot afschaffing van den eed ook ten opzigte van den hier bedoelden voogd? Van vertrouwen der ouders kan hier geen sprake zijn, maar waar 's regters inzigt, ook na vervulling der voorschriften van art. 415, mogt gefaald hebben in de benoeming, is het zeer te betwijfelen of de eed den voogd zal weerhouden van oneerlijke handelingen, die hij anders zou gepleegd hebben.

de woorden van het artikel zijn te algemeen, om eenige beperking toe te laten. Om dezelfde reden is ook niet aannemelijk de opvatting, dat de voogdij van regenten niets anders zijn zou dan eene soort van bewind, en dat zij alleen dan optreden als de voogd niet zelf handelt. Hunne voogdij is wel degelijk eene gewone zelfstandige voogdij, welke die van alle andere voogden, zelfs die van den langstlevende der ouders doet vervallen. Zie arrest van den hoogen raad van 3 Januarij 1873, *Weekbl.* n°. 3546; en verder *Regtsg. Adv.*, II, 71—75, en *Regtsg. Bijbl.*, III, 335—338. De voogdij van regenten is geheel exceptioneel, en dérogeert derhalve aan alle de algemeene bepalingen der gewone voogdij, die daarmede in strijd zijn *a*). Daarom ook zijn vrouwen-regentessen voogdessen der in haar gesticht verpleegde minderjarigen, niettegenstaande in het algemeen vrouwen bij art. 436 tot de voogdij worden onbevoegd verklaard. Zie echter een opstel in *Ned. Jaarb.* X, 407—422, volgens hetwelk de regenten wel de voogdij hebben zouden, doch geene voogden zijn. De minderjarigen eindelijk blijven in die voogdij slechts zoo lang, als zij in het gesticht zijn, verlaten zij dit dus, dan zijn zij aan het gemeene regt omtrent de voogdij onderworpen *b*). — Zie meer over deze voogdij *Themis*, 1869, bl. 385—427.

Het artikel vindt evenzeer zijne toepassing op die kinderen, die door regenten buiten het gesticht besteed worden. Het is geen noodzakelijk vereischte, dat zij daarin gehuisvest zijn; genoeg is het, dat zij er toe behooren; en de uitlegging van die woorden, als zouden daarbij bedoeld zijn zij, die in het gesticht gehuisvest, doch daar buiten werkzaam zijn, is niet minder willekeurig dan gedwongen, en zeker in strijd met den letterlijken inhoud van het artikel. Die kinderen immers behooren

---

a) Daartoe behooren behalve de bepalingen omtrent het stellen van zekerheid, die omtrent de aanstelling van een toezienden voogd, de ontzetting uit de voogdij.

b) Bij arrest van 12 April 1883, *W.* n°. 4894, heeft de hooge raad beslist, dat de vader of de voogd die een minderjarige in een gesticht plaatst, van zijne magt als zoodanig slechts afstand doet, zoolang de minderjarige in het gesticht verblijft of daartoe behoort, en dat hij derhalve de bevoegdheid heeft die magt te hernemen, door het ontslag van het kind uit het gesticht te vorderen.

juist tot hen, die in het gesticht verblijven. Maar wat, als de instelling van weldadigheid geen eigen huis heeft, maar de kinderen in afzonderlijke woningen besteedt, doch zelve zorgt voor hunne verpleging, onderhoud en opvoeding? Ook dan hebben de regenten de voogdij; en zij staan gelijk met ieder ander voogd, die hetzelfde zou doen. De *ratio legis* is volmaakt dezelfde; en het artikel, sprekende van gestichten, heeft blijkbaar meer het oog gehad op de weldadige instellingen, op het besturend personeel, dan op het gebouw. Het kan ook moeijelijk worden aangenomen, dat de voogdij der uitbestede kinderen zou afhankelijk zijn van de vraag, of er door dezelfde instelling nog andere kinderen worden verpleegd in een eigen gebouw. Anders echter *Regtsg. Adv.*, IV, 52—56 *a*).

Toeziende voogd.

§ **265.** De uitdrukking toeziende voogd geeft vrij duidelijk te kennen, waarin zijn bediening bestaat: hij moet waken en toezien, dat de voogd in alle opzigten zijne pligten vervult, en dat hij niet zijne eigen belangen, ten koste van die van den minderjarige, behartigt, art. 427—430. De Franschen noemen hem minder juist, gelijk door DURANT., III, 522, te regt wordt opgemerkt, *subrogé tuteur*. *Subroger* toch beteekent, even als het Latijnsche *subrogare*, in de plaats stellen. Men zou dus al ligt vermoeden, dat de toeziende voogd de persoon is, die in het algemeen den voogd bij verhindering vervangt, hetgeen echter ook volgens den *C. N.* niet het geval was, uitgezonderd wanneer de minderjarige tegenstrijdige belangen had met die van den voogd. (art. 420—424). Zie over den toezienden voogd J. J. ALIX, *Diss. de tutore subrogato, jur. Neerl. novo cum jur. Fr. comp.*, L. B. 1837.

In iedere voogdij, ook in die van den vader of van de moeder, is één toeziende voogd; in het geval echter van art. 418 moeten

---

a) Over de velerlei vragen waartoe de voogdij van regenten aanleiding geeft, bestaat eene uitgebreide litteratuur, vermeld bij ASSER, *Hdl.*, bl. 373. Zie ook P. v. A. in *N. Bijdr. v. Regtsg. en Wetg.*, jg. 1878, bl. 158—161.

daarenboven zoo vele toeziende voogden benoemd worden als er bewindvoerders zijn, omdat ieder hunner eene afzonderlijke voogdij uitoefent. Wel is waar de wet zegt dit niet uitdrukkelijk, evenmin als de *C. N.;* maar het spreekt van zelf, de bewindvoerder oefent eene voogdij uit, en er is geene reden denkbaar, waarom hij van alle contrôle zou bevrijd zijn. Zie ook Delv., I, 172. De voogd is voor de verrigtingen van den bewindvoerder niet aansprakelijk, art. 418; zijne voogdij strekt zich dus niet uit over de goederen in de kolonie; met andere woorden, de bewindvoerder voert daarover een afzonderlijk beheer of voogdij *a*). Wanneer, daarentegen, de moeder-voogdesse hertrouwt, en volgens art. 406, haren man tot medevoogd krijgt, blijft er slechts één toeziende voogd. In dat geval zijn er wel twee voogden, maar er is slechts ééne voogdij.

Door den kantonregter. De geheele instelling zou haar doel missen, indien de langstlevende der ouders, den toezienden voogd kon benoemen, en zoodoende deze gewigte bediening, het zij uit eene slecht geplaatste toegefelijkheid, het zij om andere redenen, aan ongeschikte personen toevertrouwen.

§ **267.** De bepaling van art. 425 komt in den *C. N.* niet voor, ofschoon uit art. 426 noodzakelijk volgde, dat de toeziende voogd, die geene wettige reden van verschooning had, zijne bediening moest aannemen. De eed, waarvan in art. 426 gesproken wordt, werd in het Fransche wetboek niet gevorderd. Zie boven, *ad* § 262.

§ **268.** Op het voorbeeld van art. 420 *C. N.* leert wel art. 427, dat de verpligtingen van den toezienden voogd daarin bestaan, om de belangen van den minderjarige waar te nemen, wanneer zij met die van den voogd in strijd zijn, maar uit eene eenvoudige lezing van de volgende artikelen blijkt het, dat die verpligtingen bij ons althans zich veel verder uitstrekken.

2°. B. v. wanneer beiden te gelijk tot eene erfenis geroepen worden.

4°. Deze voorzorg is zeer noodig; uit de boedelbeschrijving

---

a) Anders Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 348, en Opzoomer, *B. W.*, ad art. 422.

alleen kan blijken, waaruit de nalatenschap bestaan heeft; bij gebreke daarvan zou de voogd alles kunnen wegmaken, en zou de minderjarige dit nimmer kunnen bewijzen *a*).

5°. Volgens art. 470 *C. N.* stond het aan den familieraad om te bepalen, of die rekening en verantwoording aan den toezienden voogd al dan niet zou geschieden.

8°. Ook dit is eene belangrijke afwijking van den *C. N.*, art. 419, dat wilde, dat, na den dood van den voogd, zijne erfgenamen inmiddels het beheer zouden voortzetten. Men heeft echter begrepen, dat die erfgenamen, die dikwijls op verre plaatsen en verspreid konden zijn, althans niet voor den persoon van den minderjarige konden zorgen, en dat het hard was hen, die dikwijls van dat overlijden geene kennis dragen, aansprakelijk te stellen voor een beheer, dat zij niet hebben kunnen voeren.

§ 269. Met de voogdij. En niet met de bediening van den voogd; wanneer deze sterft of afgezet wordt, blijft echter de toeziende voogd *b*).

Redenen van verschooning.

§ 270. 1°. De voogdij is uit haren aard een familielast. De bloedverwanten hebben het meeste belang bij het behoud der goederen van den minderjarige, zij zijn zijne vermoedelijke erfgenamen. Het is dus billijk, dat zij de lasten der voogdij dragen, en dat geen vreemdeling daartoe kunne genoodzaakt worden, zoo lang zij aanwezig zijn. — Intusschen zijn het alleen vreemden, die dezen grond van verschooning kunnen inroepen. Een aangehuwde kan zich dus niet verschoonen, op grond dat zich binnen het arrondissement een bloedverwant bevindt, in staat om de voogdij uit te oefenen; noch ook een bloedverwant in meer verwijderden graad, op grond dat er binnen het arrondissement een digtere bloedverwant is.

---

a) Ook is de toeziende voogd verpligt te zorgen dat de certificaten van de nationale schuld, den minderjarige toebehoorende, op een der grootboeken van de nationale werkelijke schuld worden overgeschreven, art. 450.

b) Juist dan moet de toeziende voogd handelend optreden.

4°. Naar de letter dezer bepaling zou men het er voor moeten houden, dat er niet moet gevraagd worden, of iemand een ambt bekleedt buiten de provincie, waar de voogdij is opengevallen, maar buiten die zijner woonplaats. B. v. iemand die zijne woonplaats in Holland heeft, oefent een ambt uit in Gelderland, alwaar de voogdij openvalt. Zal hij zich nu op grond van dit n°. 4 kunnen verschoonen? Naar de letter van het artikel ja, doch dit kan denkelijk de bedoeling niet geweest zijn *a*).

5°. Moet men bij den testamentairen voogd letten op zijnen ouderdom tijdens de akte der benoeming, of tijdens het openvallen der voogdij? Het eerste zou men alweder uit de letterlijke beteekenis der woorden kunnen opmaken; maar het laatste was zeker de bedoeling. Een man van zestig jaren is niet meer geschikt om de voogdij waar te nemen, omdat hij tien jaren vroeger benoemd is. Hetzelfde geldt ook omtrent n°. 6 en 9 dezer paragraaf *b*).

6°. Geene ziekte, maar alleen ziekelijkheid, dat is, aanhoudende, voortdurende ziekte, verschoont, geen *morbus acutus*, maar *morbus chronicus*. Hetzelfde geldt van ongemak, waaronder verstaan wordt een organisch gebrek, dat alweder niet is voorbijgaand maar blijvend, derhalve geene toevallige, geneeslijke wond. De ziekelijkheid daarenboven zoowel als het ongemak moet zwaar zijn. Niet iedere ligte ongesteldheid is voldoende, maar zij moet van dien aard zijn, dat zij werkelijk ongeschikt maakt tot de waarneming van zaken, en bij gevolg tot de uitoefening van de voogdij: *adversa valetudo excusat, sed ea quae impedimento est, quo minus quis suis rebus superesse possit. L.* 10, § 8, *D. de excusat.* De regter beslist natuurlijk over het min of meer ernstig karakter der ziekte, hij kan zich echter bij dat oordeel laten voorlichten door de verklaringen van deskundigen.

9°. Die kinderen moeten allen op den dag, waarop de voogdij

---

a) Anders echter Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 377 en 378.

b) Ware het anders, dan zou bij het ontstaan van de ziekelijkheid of het ongemak na de benoeming doch vóór het openvallen der voogdij, ingevolge het slot van art. 434, 5°., de betrokken persoon zich daarvan niet kunnen verschoonen, maar ontslag moeten vragen uit eene voogdij, die hij nog niet aanvaard heeft.

openvalt, in leven zijn. Later geboren wordende, geven zij geene reden van ontslag. Zij, die verwekt, maar nog niet geboren zijn, komen niet in aanmerking; de regel *conceptus pro nato habetur* komt alleen te pas, indien het belang van het kind dit medebrengt, art. 3; zij, die vóór dat tijdstip gestorven zijn, tellen niet mede, met uitzondering alleen van hen, die in 's lands krijgsdienst overleden zijn. Deze uitzondering is van het Romeinsche in het Fransche en van het Fransche in ons regt overgegaan. Men is zelfs in Frankrijk en bij ons nog verder gegaan dan bij de Romeinen, die ten minste vorderden, dat de soldaat in het gevecht (*in acie*) was omgekomen. De woorden van ons artikel zijn algemeen en bevatten zelfs diegenen, die in eene vesting, of zelfs in een garnizoen, en, in vredestijd, aan eene gewone ziekte gestorven zijn. *Pr. I.*, *l.* 18 *D. de excusat.*, art. 436 *C. N.* — JUSTINIANUS geeft t. a. p., als reden van die uitzondering, en TOULL., I, 1154, zegt hem na: *hi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.* Dat heeft evenwel misschien meer van eene *declamatie* dan van eene gezonde *ratio legis.* — De billijke reden toch, die voor deze geheele verschooning kan gegeven worden, is: óf, omdat de vader van een talrijk huisgezin voorondersteld wordt daardoor reeds te veel bezigheden te hebben, om zich nog met de voogdij van anderen te kunnen belasten, óf omdat hij, die den staat vijf burgers gegeven heeft, zich daardoor verdienstelijk heeft gemaakt jegens de maatschappij, die hem beloont, door hem van eenen lastpost te ontslaan. Maar het kind, dat niet meer is, onverschillig of het in de krijgsdienst of op eenige andere wijze gestorven zij, geeft den vader geene bezigheid meer; en het is geen verdienste van den vader, als het kind zijn leven ten offer heeft gebragt aan het heil en aan de verdediging des lands. In Frankrijk laat zich deze uitzondering eenigzins verklaren door de hooge gunst, waarmede men daar den militairen stand boven alle anderen behandelde, inzonderheid onder de Napoleontische regering; maar dezelfde reden, die de slotbepaling van art. 374 *C. N* (zie boven *ad* § 218) heeft doen verwerpen, zou ook de afschaffing der hier bedoelde uitzondering hebben geregtvaardigd en zelfs gevorderd.

Onbevoegdheid.

§ **271**. De onbevoegdheid tot de voogdij verschilt van de uitsluiting, niet wat de gevolgen, maar alleen wat de redenen betreft, die er toe aanleiding geven. Het gevolg van beiden is, dat noch de onbevoegde noch de uitgeslotene voogd kan zijn. Maar de onbevoegdheid ontstaat uit toevallige omstandigheden, onafhankelijk van eenige daad van den onbevoegde *a*), en deze heeft dus voor hem niets onteerends of vernederends; uitgesloten daartegen worden zij, aan wie, ten gevolge hunner eigen slechte, onregtmatige, onachtzame of oneerlijke handelingen, de zorg over eenen minderjarige niet kan worden toevertrouwd. Men vindt dit zeer goed uiteengezet bij DURANTON, III, 500. Meer onderscheid is er tusschen uitsluiting en afzetting. Deze laatste vooronderstelt eene reeds aanvaarde voogdij. Afgezet dus wordt iemand, die reeds voogd is; uitgesloten hij, die nog niet als voogd werkzaam is.

1°. Dit is echter niet toepasselijk op de ouders, want deze zijn reeds door hun huwelijk meerderjarig geworden. Art. 385 *b*).

2°. Wanneer een voogd gedurende den loop der voogdij wordt onder curatele gesteld, wordt hij dadelijk onbevoegd: hij wordt niet afgezet, maar hij houdt van regtswege op voogd te zijn *c*).

3°. Vrouwen hebben in het algemeen minder geschiktheid voor de behandeling van zaken; de voogdij is daarom onder bijna alle wetgevingen steeds beschouwd als eene mannelijke betrekking: *foeminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est. L.* 18 *D. de tut.*

---

a) Eene daad nl. die hem *als schuld* toerekenbaar is, art. 436, 4°.

b) Wel op den vader of de moeder die zelf minderjarig, een natuurlijk kind heeft erkend, art. 408.

c) Onverschillig of de curatele is uitgesproken ter zake van gemis of zwakte van verstandelijke vermogens, of wel wegens verkwisting. Krankzinnigheid op zich zelve, al moge de lijder krachtens de wet van 29 Mei 1841 (*Stbl.* n°. 20) reeds in een gesticht zijn opgenomen, schijnt echter geen reden tot onbevoegdheid of ontzetting te zijn, ten ware men moge aannemen, dat alsdan art. 437, 3°., toepasselijk is. Dit laatste wordt beweerd door Mr. M. DE PINTO, *Themis*, 1881, bl. 1 vlg., en *W.* n°. 4585 onder de *Berigten*, doch bestreden door ASSER, *Hdl.*, bl. 376.

Uitsluiting. Afzetting.

§ **272.** Kunnen. De afzetting is dus *facultatief*, de uitsluiting niet. Deze laatste moet worden uitgesproken, zoodra één der hier genoemde gevallen aanwezig is. De reden is misschien, omdat men begrepen heeft tot de afzetting van eenen voogd, die altijd nadeelige gevolgen voor den minderjarige kan hebben, niet dan in de uiterste noodzakelijkheid te moeten overgaan *a*).

1°. In dat geval had, volgens art. 443 *C. N.*, de afzetting van regtswege plaats; uit ons artikel zou men echter moeten opmaken, dat de regter de afzetting niet behoeft uit te spreken, maar den veroordeelde in de voogdij kan handhaven; het is echter niet waarschijnlijk, dat de wet kan gewild hebben, dat immer de belangen van minderjarigen zouden kunnen toevertrouwd blijven aan iemand, die tot eene onteerende straf is veroordeeld, die aan de openbare verachting is prijs gegeven, en wiens slechte, oneerlijke of zedelooze beginselen reeds *a priori* bekend zijn. Wat hiervan zij, zoo lang de Fransche *C. P.* bij ons van kracht blijft, kan hieromtrent weinig twijfel zijn, omdat art. 28 den veroordeelde tot eene onteerende straf onbevoegd verklaart tot de voogdij, en dus die onbevoegdheid zijne afzetting medebrengt, indien hij voogd is. Datzelfde artikel houdt echter eene uitzondering in ten voordeele der ouders; deze uitzondering is in art. 437 B. W. niet opgenomen: moet men haar nu voor afgeschaft houden? — Voor de toestemmende beantwoording dezer vraag kan worden aangevoerd, dat de bedoelde uitzondering ook niet voorkwam in art. 443 *C. N.*, maar eerst is ingevoerd door art. 28 *C. P.*, dat, van latere dagteekening zijnde, in zoo verre aan den algemeenen regel van den *C. N.* kon derogeren; maar dat het niet kan aangaan in datzelfde art. 28 eene uitzondering te lezen van eenen regel, vastgesteld bij ons veel later ingevoerd B. W.

a) Dat bij het bestaan van een der hier genoemde gevallen de regter verpligt is tot ontzetting uit de reeds aanvaarde voogdij, beweert Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 358 en 359. Ik betwijfel echter of tegenover het imperatieve zijn uitgesloten en het facultatieve kunnen worden ontzet, deze meening houdbaar is. In plaats van „*kunnen* zelfs worden ontzet", had de bepaling dan moeten luiden: „*zullen* zelfs worden ontzet".

Zie *Ned. Jaarb.*, I, 281, 282. — Men houde evenwel in het oog, dat art. 437 B. W. eigenlijk geenen regel heeft ingevoerd, maar alleen eenen bestaanden regel bekrachtigd; dat die uitzondering bestond even als de regel, dat die uitzondering niet is afgeschaft; dat eene nieuwe wet alleen de oude, die nog blijft bestaan, buiten werking stelt, voor zoo verre beiden te gelijk niet bestaan kunnen; dat de regel van art. 437 B. W. echter zeer wel bestaanbaar is met de uitzondering van art. 28 *C. P.*; dat men eindelijk in dubio hier zeer zeker ten voordeele der ouders moet beslissen, en de voor hen meer dan voor iemand allerhardste bepaling van art. 437 niet buiten gebiedende noodzakelijkheid tot hen uitstrekken *a*).

Eene correctionele veroordeeling daarentegen heeft noch uitsluiting noch afzetting ten gevolge, ten zij de strafwet dit uitdrukkelijk bepale, zoo als b. v. in het geval van de artt. 334 en 335 *C. P.* Het gevolg hiervan is o. a. dat hij die wegens diefstal of opligting veroordeeld is, voogd kan blijven, en zelfs als zoodanig kan benoemd worden. Het wordt toch aan het *arbitrium judicis* overgelaten hem bij het veroordeelend vonnis uit dat regt te ontzetten, art. 42, 401, 405, *C. P.* Het moge vreemd zijn, maar de wet is duidelijk. Misschien echter kan op zulke veroordeelden, in sommige gevallen, de uitsluiting van n°. 2 worden toegepast *b*).

---

a) In gelijken zin OPZOOMER, *B. W.*, d. II, ad art. 437, § 1. Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, d. V, 355 en 356.

b) Over de ontzetting uit de voogdij zoowel over eigen kinderen als over anderen, tengevolge van eene veroordeeling tot straf, handelen de artt. 28 vlg. van het nieuwe strafwetboek. Zij is aldaar echter facultatief, niet verpligtend gesteld. Een voogd kan dus tot eene langdurige vrijheidstraf worden veroordeeld, zonder dat de ontzetting is uitgesproken. Voorziening in de belangen van den minderjarige kan in zoodanig geval zeer noodig zijn, omdat de voogd dan gedurende dien geheelen tijd niet bij magte is de belangen van den minderjarige te behartigen. In dit bezwaar voorziet art. 7 van het bij Kon. boodschap van 12 Febr 1883 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal aanhangig gemaakte, en in de zitting van 14 Maart 1884 aangenomen wetsontwerp, houdende *wijzigingen in het burgerlijk wetboek* (zitting 1882—83, n°. 152), door in zoodanig geval der regtbank de bevoegdheid toe te kennen tot het benoemen van een bewindvoerder (volgens het gewijzigd wetsontwerp wordt die persoon genoemd *plaatsvervangend voogd*), die dan met gelijke magt is bekleed als een voogd, doch wiens beheer eindigt met de invrijheidstelling van den voogd, die alsdan zijn taak herneemt.

Veroordeeld *a*).

2°. Wat slecht levensgedrag is, wordt aan het oordeel van den regter overgelaten. Het is alleen de vraag, of eene enkele geïsoleerde daad van oneerlijkheid of onzedelijkheid daartoe voldoende is? — *Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est ut suspectus sit. L. 8 D. de susp. tut.* — De vader of de moeder, die wegens slecht levensgedrag uit de voogdij is ontzet, of die, om welke reden ook, geen voogd of voogdes is van zijn minderjarig kind, is niet bevoegd, om krachtens de ouderlijke magt de woonplaats van het kind te bepalen, en zijne uitlevering van den voogd te vorderen. Wel volgt het minderjarig kind in den regel de woonplaats zijner ouders, al heeft het een vreemden voogd, zie boven *ad* § 51 *b*). Art. 78 echter spreekt van het wettelijk domicilie. Maar de *ratio decidendi* is hier, dat de voogd zorgen moet voor den persoon van den minderjarige, en dus ook voor zijne opvoeding; en dat hij aan deze verpligting niet behoorlijk kan voldoen, indien hij geen meester is het verblijf van zijnen pupil aan te wijzen. Zie arrest van den hoogen raad van 2 Mei 1865, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXX, 55—68.

3°. Dit kan alleen eene reden van afzetting zijn, omdat men over die onbekwaamheid, ontrouw of nalatigheid niet kan oordeelen, zoo lang het beheer geen aanvang heeft genomen *c*).

5°. Deze staat, waarin de braafste man somtijds door ongelukken geraken kan, is eigenlijk meer eene reden van onbevoegdheid dan van uitsluiting. De reden der uitsluiting toch is alleen, omdat de gefailleerde of kennelijk onvermogende geen voldoenden geldelijken waarborg meer aanbiedt, ofschoon enkele armoede geene reden van uitsluiting is: *enimvero tutor quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens removendus non est, quasi suspectus*, zegt ULPIANUS in de aang. wet.

---

a) De veroordeeling en dus ook de reden tot uitsluiting of ontzetting blijft bestaan, niettegenstaande van de opgelegde straf gratie is verleend.

b) Zie echter het door mij hierboven aangeteekende ad § 51, 2°., noot *c*.

c) Waar echter de slechte administratie in eene andere voogdij, tot ontzetting daaruit heeft geleid, kan zulks in eene latere voogdij tot uitsluiting leiden, art. 437, 4°.

§ **273.** 1°. *a*).

§ **274.** De afzetting geschiedt, het zij op verzoek van den toezienden voogd of van één der bloedverwanten of aangehuwden, het zij op aanvrage van het openbaar ministerie, na verhoor van den voogd en den toezienden voogd. Daartoe wordt echter geen contradictoir proces vereischt. De afzetting wordt gevraagd niet bij dagvaarding, maar bij request. Wanneer al art. 440 hier het zeker niet zeer eigenaardig woord van geding gebruikt, dan moet dat woord worden opgevat in den algemeenen zin, waarin ieder voor den regter aanhangig onderzoek een geding is, onverschillig den vorm van dat onderzoek, en dan mag niet worden uit het oog verloren, dat in alle dergelijke zaken, de voogdij betreffende, in dezen geheelen titel de gewone wijze van procederen is *request* en geene dagvaarding, en dat ook de bepaling vooral van art. 438 zeer duidelijk aantoont, dat ook hier niets anders bedoeld is. Het verhoor toch van den voogd, dat hier wordt voorgeschreven, beteekent anders niets, omdat het toch wel niet zou behoeven gezegd te worden, dat in een contradictoir proces geen vonnis kan worden gewezen, indien niet de gedaagde in zijne verdediging gehoord is *b*). Zie *Opm. en Meded.*, II, 7—10, anders echter *Regtsg. Bijbl.*, VII, 603—605.

Toezigt over den persoon van den minderjarige.

§ **276.** Dit is niet zoo zeer eene wettelijke bepaling, als een zedelijk voorschrift, dat den grondslag uitmaakt van al de regten der voogden. Zie over zulke voorschriften boven, *ad* § 94.

---

a) De Schr. der Handl. gaat uit van de vooronderstelling, dat de vader of moeder, die verzuimt den bij art. 407 bedoelden staat aan te bieden, niet van regtswege de voogdij verliest, maar dat daartoe eene regterlijke beslissing wordt vereischt. De gevoelens hieromtrent zijn zeer verdeeld. Zie de litteratuur en regtspraak vermeld bij ASSER, *Regtspr.*, op art. 407, n°. 4; OPZOOMER, t. a. p., bl. 303, noot 3, en DIEPHUIS, t. a. p., bl. 315—317, die vroeger het gevoelen van den Schr. der Handl. toegedaan, zich aldaar voor de andere leer verklaart.

b) In gelijken zin beslist bij de arresten van den hoogen raad van 1 Sept. 1864, *W.* n°. 2617, van 15 Febr. 1878, *R.* d. CXVIII, § 21, en van 16 Sept. 1881, *R.* d. CXXVIII, § 44.

Bestuur.

§ **277.** Aan dezen algemeenen regel moeten alle de handelingen van den voogd getoetst worden. Hij moet besturen als een goed huisvader, d. i. hij is aansprakelijk, niet alleen wegens bedrog en opzet (*dolus*), maar ook wegens schuld en achteloosheid (*culpa*). Het is niet genoeg, dat hij het vermogen van den minderjarige niet verspilt, noch zijne belangen moedwillig verwaarloost. Het is ook niet genoeg, dat hij aan de zaken van den minderjarige dezelfde zorg besteedt als aan zijne eigen zaken, want het staat hem vrij zijne eigen zaken slecht te besturen, die van den minderjarige moet hij behartigen niet als de zijne, maar zoo als een goed en zorgvuldig huisvader zijne zaken pleegt te besturen. Zoo leert reeds CALLISTRATUS: »a tutoribus eadem diligentia exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, *quam pater-familias rebus suis ex bona fide praebere solet.*" *L.* 33 *D. de adm. et peric.* Het spreekt van zelf, dat bij de verantwoording van de handelingen van den voogd zeer veel moet worden overgelaten aan het *arbitrium judicis.* Bij die beoordeeling zal intusschen altijd zorgvuldig in het oog moeten worden gehouden, dat het niet de vraag is: hoe zijt gij gewoon zulke zaken voor u zelven te behandelen, maar wel: hoe is een goed huisvader gewoon dat te doen?

§ **278.** Volgens art. 455 *C. N.* bepaalde de familieraad de som, waarvan die verpligting van den voogd zou beginnen; het gebeurde echter meermalen, dat de familieraad daaromtrent niets bepaalde, en dit had dikwijls nadeelige gevolgen voor den minderjarige, die onder de tegenwoordige wet niet meer kunnen plaats hebben. De belegging moet geschieden, zoodra het batig slot een vierde der gewone inkomsten te boven gaat *a*); en de wijze, waarop zij geschiedt, waarborgt den minderjarige tegen alle schade of verlies, door slordigheid, nalatigheid of ontrouw.

---

a) Op dat oogenblik ontstaat de verpligting, waaraan hij binnen het tijdsverloop van één jaar moet voldoen, wil hij zich niet blootstellen aan eene vordering tot betaling van de wettelijke interessen der niet belegde gelden. Die tijdsruimte is hem gegeven, om de geschikte gelegenheid tot voordeelige belegging te kunnen afwachten.

§ **279.** Het belang van eenen minderjarige, die eigenaar is van een aanzienlijk fortuin, gedoogt niet, dat de voogd elk jaar al zijne inkomsten, die zijne behoeften verreweg kunnen overtreffen, kan verteren. Het ligt evenwel in den aard der zaak, dat de kantonregter, naar mate de minderjarige ouder en zijne opvoeding en onderhoud kostbaarder wordt, daarvoor eene grooter som kan toestaan, dan hij aanvankelijk gedaan had. Het is altijd de pligt van den voogd, de som, waarvan hier gesproken wordt, door den kantonregter te doen bepalen. Bij verzuim hiervan kan hij zich niet op zijne eigen nalatigheid beroepen, om te beweren, dat hij de vrijheid gehad heeft al de inkomsten te verteren, omdat de kantonregter daaromtrent geene bepaling gemaakt heeft; maar hij is in dat geval schuldig al hetgeen jaarlijks bij een goed beheer had kunnen overblijven van de inkomsten met de interessen *a*).

§ **280.** 2°. Indien er verzegeling heeft plaats gehad. Het staat, volgens deze woorden, aan den voogd vrij, den boedel, naar gelang der omstandigheden, al dan niet te doen verzegelen, en te regt, want de verzegeling is eene lastige en kostbare formaliteit, en daarenboven niet dan een zeer onzeker middel tegen ontrouw en ontvreemding. Ook in het Fransche regt was de verzegeling slechts verpligtend, wanneer de minderjarige geen voogd had. Art. 451 *C. N.*, art. 911 *C. de Pr.* Over de wijze, waarop de verzegeling en de ontzegeling geschieden, zie art. 658—677 W. van B. R. De verzegeling is alleen verpligtend, indien de minderjarige bij het openvallen van de nalatenschap, b. v. bij het overlijden van den langstlevende der ouders, geen voogd heeft, art. 660 W. v. B. R. In dat geval vordert de voogd dadelijk na zijne benoeming de ontzegeling, en het is voornamelijk daarop, dat dit art. doelt.

---

a) De vaststelling van dat bedrag is intusschen niets dan eene raming, die den voogd tot rigtsnoer moet strekken, maar die hem bij het afleggen van de rekening niet ontheft van de verpligting om aan te toonen dat de gedane uitgaven waren noodzakelijk en betamelijk, ook al blijven zij beneden de raming, art. 468. Zie nog omtrent den invloed die de vaststelling van de jaarlijks te verteren som moet uitoefenen op de beoordeeling, of eenige uitgave daarboven gedaan, moet worden gevalideerd, het arrest van den hoogen raad van 24 April 1874, *W.* n°. 3715.

Over te gaan, of te doen overgaan. — Over te gaan, indien de boedelbeschrijving bij onderhandsche, te doen overgaan, indien zij bij notariële acte geschiedt. De keuze tusschen beiden wordt aan den voogd overgelaten, mits hij de beschrijving, in het eerste geval, overbrenge ter griffie van den kantonregter, en hare deugdelijkheid in allen gevalle onder eede bevestige in handen van den kantonregter. Zie ook art. 678 W. v. B. R., en *Regtsg. Adv.*, II, 75—78.

Waarbij hij tevens, enz. De reden dezer voorzorg was, onder den *C. N.*, omdat anders aan den voogd niets gemakkelijker zou vallen, dan door verduistering der door hem aan den overledene gegeven kwijting, eene reeds afgedane schuld te doen herleven. Locré, III, 393. Om dezelfde reden was het in het nieuwere Romeinsche regt aan den schuldeischer van den minderjarige verboden, om zijn voogd te zijn. *Nov.* LXXII, *cap.* 1, 2, 4; *Auth. ad. l.* 8 *C. qui dar. tut.* Bij ons kan dit echter de reden niet geweest zijn: 1°. omdat het bij eene onderhandsche boedelbeschrijving den voogd altijd gemakkelijk blijft, zulk eene kwijting weg te maken; 2°. omdat, volgens art. 445, het verzuim der opgave niet meer het verlies der vordering voor den voogd ten gevolge heeft, zooals volgens art. 451 *C. N.;* maar alleen, dat hij haar gedurende de minderjarigheid niet kan invorderen, en het verlies der achterstallige renten en interessen gedurende de voogdij. — De reden is dus denkelijk daarin te zoeken, dat men zooveel doenlijk, de mogelijkheid heeft willen afsnijden van regtsgedingen tusschen den minderjarige en zijnen voogd.

3°. *b.* Maar zijn de ouders verpligt die goederen te doen verkoopen, zoodra hunne minderjarige kinderen den ouderdom van twintig jaren bereikt hebben, op welk tijdstip toch zij dat vruchtgenot verliezen (art. 366)? Men zou dit kunnen opmaken uit de bijvoeging der woorden: waarvan de vader of de moeder het vruchtgebruik hebben; dit kan echter de beteekenis dier woorden niet zijn; want de ouders worden te gelijker tijd bevoegd verklaard, om die goederen in natura terug te geven; eene bevoegdheid, die met de verpligting om te verkoopen niet zou zijn overeen te brengen. De zin van het artikel is dus een-

voudig: de ouders zijn vrijgesteld van de verpligting om de roerende goederen te verkoopen, indien zij het vruchtgenot hebben; maar zij, die dat vruchtgenot hebben verloren om ééne der redenen, bij art. 370—372 vermeld, zijn aan het gemeene regt onderworpen *a*).

4°. Die certificaten die aan toonder luiden, kunnen zeer gemakkelijk ontvreemd of verloren worden. De inschrijvingen op het grootboek daarentegen, op naam van den minderjarige staande, kunnen zonder de wettelijke formaliteiten niet worden verkocht. In dien maatregel is dus een groote waarborg voor den minderjarige gelegen.

§ **281.** Maar hij behoeft daartoe geene magtiging hoegenaamd; dit was ook onnoodig: want, wanneer de erfenis onder het voorregt van boedelbeschrijving aanvaard wordt, loopt de minderjarige geenerlei gevaar. Zie art. 1078, en beneden, *ad* § 627. Volgens art. 461 *C. N.* moest de voogd niettemin nog door den familieraad gemagtigd zijn.

§ **282.** De artt. 451 volgg. B. W. onderscheidden tusschen handelingen, waarvoor de magtiging van de regtbank en anderen waarvoor die van den kantonregter vereischt werd. De classificatie dezer verschillende handelingen was uit den aard der zaak natuurlijk min of meer willekeurig, omdat het niet wel mogelijk was eene bepaalde reden te geven, waarom deze of geene handeling gerangschikt was onder de eene of onder de andere cathegorie. De geheele onderscheiding is thans opgeheven door de wet van 18 April 1874 (*Stbl.* n°. 68), die in alle deze gevallen de magtiging vordert van den kantonregter. Behalve dat er voor onderscheiding geene goede reden scheen te geven te zijn, oordeelde men, dat de behandeling bij den kantonregter minder kostbaar zou zijn, maar bovendien dat deze zaken daar eenvoudiger, korter en waarschijnlijk ook beter zouden worden afgedaan dan bij de regtbanken.

2°. Het is reeds kort na de invoering der nieuwe wetgeving gebleken, dat de bepalingen omtrent den verkoop van onroerende

---

a) Anders Opzoomer, *B. W.*, d. II, bl. 363 en 364, noot 2.

goederen van minderjarigen aanleiding geven tot vele en groote moeijelijkheden. Eene voorname plaats daaronder bekleedt de vraag, of de regterlijke magtiging ook noodig is voor den verkoop van onroerende goederen, aan meerder- en minderjarigen te zamen toebehoorende? — Zoowel bij de schrijvers als bij de regterlijke uitspraken zijn hierover de uiteenloopendste gevoelens te vinden; en het valt ook niet te ontkennen, dat de wettelijke bepalingen over dit onderwerp (artt. 451—455, 1123, 1124 B. W., artt. 689—694 W. v. B. R.) zeer duister en verward zijn, dat zij menige tegenstrijdige bepaling inhouden, en dat het moeijelijk is, daaruit een in alle deelen zamenhangend stelsel af te leiden. Een breedvoerig onderzoek zou ons te ver leiden. Genoeg zij het te zeggen, dat die magtiging niet noodzakelijk schijnt te zijn, omdat 1°. de artt. 451—455 klaarblijkelijk handelen over onroerende goederen, aan minderjarigen alleen toebehoorende; 2°. noch de artt. 1123—1125 B. W., noch de artt. 689—694 W. v. B. R., handelende over het geval, dat er ook meerderjarige deelgenooten zijn, van zulk eene magtiging gewagen; 3°. niemand kan genoodzaakt worden, om in het onverdeelde te blijven (art. 1112), en derhalve de regter in allen gevalle die magtiging niet zou mogen weigeren, zoodat het overbodig en zelfs belagchelijk zou worden haar te vragen; 4°. omdat, in den regel, meerderjarigen hunne goederen op zoodanige wijze mogen verkoopen, als zij goedvinden (art. 689 W. v. B. R.), en men dit hun toekomende regt, om de toevallige omstandigheid, dat zij minderjarige deelgenooten hebben, niet verder mag beperken, dan de wet dit uitdrukkelijk en duidelijk beveelt; terwijl art. 690 W. v. B. R., in dat geval, voor dien verkoop eenvoudig verwijst naar art. 453 B. W., den openbaren verkoop voorschrijvende, doch geenszins naar art. 451, dat de bedoelde magtiging beveelt. Zie voorts dit onderwerp breedvoerig en *in utramque partem* behandeld in *Themis*, 1839, bl. 1—14; *Regtsk. Tijdschr. voor het Not.-ambt*, V, 47—75; *Regtsg. Bijbl.* I, 67—74, 83—90, 104—107, 113—119, 145—158, 305—319; *het Regt in Ned.*, II, 33—37, 53, 54; *Weekbl.*, n^rs^. 16, 29, 39, 45, 46, enz. Verg. vooral nog arrest van den hoogen raad van 7 Nov. 1839, bij VAN DEN HONERT; Afd. *Burg.*

regt, I, 51—65, dat zich voor die magtiging verklaart *a*). Welke is de bevoegde regter, om de magtiging tot verkoop te verleenen: die van de woonplaats van den voogd, of die, onder wiens regtsgebied de goederen gelegen zijn? De wet beslist dit niet. Geen van beide regters kan zich dus op grond der wet onbevoegd verklaren. Uit den aard der zaak volgt die onbevoegdheid even weinig. Want kan men aan den éénen kant zeggen, dat het geldt eene persoonlijke bevoegdheid, aan den voogd toe te kennen, aan den anderen kant is het niet minder waar, dat het regt, dat moet worden uitgeoefend, alleen betrekking heeft op het onroerend goed, en eene soort van zakelijk regt is; en dat dan ook de regter der plaats, waar het goed gelegen is, in den regel het best in staat zal zijn om over het verzoek te oordeelen. Wat daarvan zij, bij het stilzwijgen der wet, heeft de voogd de keus tusschen de beide regters. Wanneer er echter meer goederen zijn in verschillende arrondissementen gelegen, zal de voogd zeker verstandig handelen, met de magtiging te vragen van den regter zijner woonplaats. Daardoor zullen vele en aanzienlijke kosten vermeden worden, en stelt men zich niet bloot aan het gevaar, dat de ééne regter het verzoek toestaat, en de andere het weigert *b*).

---

a) Niet alleen over deze vraag heerscht verschil van gevoelen maar ook, na de invoering der wet van 18 April 1874, *Stbl.* n°. 68, over die of tot verkoop van goederen, waarvan minderjarigen mede-eigenaren zijn, krachtens art. 451, de magtiging bij den kantonregter, of krachtens art. 1122, het bevel bij de regtbank moet worden aangevraagd. Zie de litteratuur en de jurisprudentie daaromtrent vermeld bij ASSER, *Regtspr.*, ad art. 451, sub n°. 1 en art. 1122, sub n°. 8, en de beide supplementen, ad art. 1122, sub nis. 8 en 13, en vooral arr. van den hoogen raad v. 6 Nov. 1874, *W.* n°. 3785.

b) Mij komt het voor, dat alleen de kantonregter van de woonplaats van den voogd bevoegd is tot het verleenen der magtiging. De magtiging strekt niet om het goed voor verkoop vatbaar te maken, maar om het gemis van bevoegdheid in den persoon van den voogd aan te vullen. Art. 451 spreekt dan ook van: „den kantonregter". Waar het betreft het opnemen van gelden en het verkoopen van effecten enz., kan alleen gedacht worden aan den kantonregter van de woonplaats van den voogd. Dezelfde regter moet dus ook de bevoegde persoon zijn tot het verleenen van magtiging tot vervreemding van onroerend goed. Ook het tweede lid van art. 452 leidt tot deze opvatting. Het verklaart den kantonregter bevoegd den verkoop toe te staan van een ander den minderjarige toebehoorend onroerend goed. Ware dus de regter, onder wiens regtsgebied het goed gelegen is dat de

En, zoo hij die zelf, enz. Artt. 450 en 1596 *C. N.* verboden aan den voogd onbepaald om de goederen van zijnen minderjarige te koopen, ten einde te voorkomen, dat hij, door eigenbelang gedreven, en uit begeerte om het goed voor zich te verkrijgen, de andere koopers door valsche inlichtingen zou misleiden. Doch daar het dikwijls gebeurt, dat de voogd, die veelal tot de bloedverwanten van den minderjarige behoort, inzonderheid voor familiegoederen eenen grooteren prijs wil besteden dan een vreemde, is men van dit stelsel teruggekomen, en heeft men dien koop onder zekere voorwaarden toegestaan.

In eene openbare veiling *a*).

4°. Dit is een geheel ander geval dan in § 281. Door het verwerpen van eene rijke erfenis kan de minderjarige groote schade lijden.

5°. Omdat het aannemen van eene schenking, al zijn ook daaraan geene bezwarende voorwaarden verbonden, altijd, behalve de zedelijke verpligtingen van dankbaarheid jegens den schenker, den begiftigde verpligt om eerstgenoemde, indien hij in armoede is vervallen, te onderhouden, art. 1725.

6°. Dading. Omdat in eene dading een afstand van regten is gelegen.

Scheidsmannen. Omdat 1°. het onderwerpen van een geschil aan scheidsmannen eene soort van dading is, en 2°. de minderjarige daardoor aan zijnen natuurlijken regter wordt onttrokken.

7°. Dit is eene wijziging van de oudtijds hier te lande bekende gecontinueerde gemeenschap of van het zoogenaamde boedelhouderschap, dat, het zij uit kracht der wet, het zij bij overeenkomst, het zij bij uitersten wil, werd daargesteld; en ten gevolge

---

voogd wenscht te verkoopen, bevoegd, hij zou ook bevoegd zijn tot verkoop van een ander den minderjarige toebehoorend goed te magtigen, niettegenstaande noch de woonplaats van den voogd, noch het aan te wijzen goed onder zijn regtsgebied gelegen is.

a) Bij arrest van 21 Jan. 1881, *W.* n°. 4596, beslistte de hooge raad dat de onderhandsche koop van onroerende goederen van een minderjarige door zijn voogd *per se* krachteloos is, zonder dat eene nietigverklaring op de vordering door of van wege den minderjarige gevorderd wordt.

waarvan òf de langstlevende echtgenoot het algeheele genot van den gemeenen boedel had, die na zijn overlijden gelijkelijk tusschen de beide geslachten werd verdeeld, òf wel deze in den gemeenen boedel bleef zitten, onder den last om de kinderen groot te brengen en te onderhouden. Zie daarover VAN BIJNCKERSHOEK, *Quaest. jur. priv.*, II, 10; DE GROOT, *Inl.*, II, 13, en eene zeer belangrijke verhandeling van MEIJER: *over de gevolgen der gecontinueerde gemeenschap tusschen den langstlevenden der echtgenooten en de erfgenamen des eerstgestorvenen, naar het oud-Holl. en Cost. regt*, in de *Regtsg. Bijdr.*, VI, 58—115; en de daartegen gerigte verhandeling van J. SMITS VERBURG, *eod.* VII, 209—257. — Het geheele herstel eener zoodanige instelling zou met onze tegenwoordige denkbeelden en zeden slecht gestrookt hebben; en er bestaat een groot verschil tusschen de oude en de nieuwe gecontinueerde gemeenschap. Immers 1°. wordt deze laatste alleen toegelaten met de magtiging des regters; 2°. strekt zij zich niet uit over al de goederen; 3°. duurt zij slechts eenen bepaalden tijd en nimmer langer dan tot de meerderjarigheid der kinderen; 4°. komt zij alleen te pas, als er minderjarige kinderen uit het huwelijk aanwezig zijn; 5°. kan zij door den regter worden ingetrokken. — Het nut dier beperkte voortgezette gemeenschap bestaat daarin, dat het plotseling staken eener winstgevende nering, enz., zoowel voor den langstlevenden echtgenoot als voor de kinderen, zeer schadelijk zijn kan.

9°. De magtiging van den kantonregter is voor den voogd geen volstrekt vereischte om in regten op te treden voor den minderjarige, en de wederpartij kan zich op het gemis daarvan niet meer beroepen, zoo als zij dit kon in het geval van art. 464 *C. N.* De voogd vraagt haar alleen voor zijne eigen zekerheid en verantwoording, en dus in zijn belang, om te voorkomen eene veroordeeling in de kosten uit eigen beurs, alsmede eene regtsvordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen.

Rekening en verantwoording.

§ **284.** De kosten dezer rekening komen ten laste van den minderjarige, ten wiens behoeve zij geschiedt, en ten wiens be-

hoeve de voogdij gevoerd is. Het zou hard en onbillijk zijn, den voogd, die genoodzaakt is geweest om het beheer te voeren, en wel in den regel zonder eenige belooning, art. 469 (boven *ad* § 257), daarenboven nog de verpligting op te leggen, om zelf die kosten te betalen. Doch dit alles geldt alleen bij de slotrekening, dat is, wanneer de voogdij eindigt door meerderjarigheid of handligting van den minderjarige. Maar geheel anders is het, als de bediening van den voogd door eene daad van hem ophoudt; wanneer hij b. v. wordt afgezet, of zich gedurende den loop der voogdij verschoont. Dan moet er wel eene rekening en verantwoording plaats hebben, maar de kosten hierdoor veroorzaakt kunnen niet gedragen worden door den minderjarige, die geen nadeel moet lijden door de daad van een ander *a*). — Onder de kosten, die ten laste van den minderjarige komen, zijn niet begrepen de geregtskosten aangewend om den voogd tot het doen van rekening te noodzaken. Integendeel, wanneer deze wordt gedagvaard om rekening te doen, en hij zich verzet, of zich daartoe niet dadelijk bereid verklaart, dan geldt de algemeene regel van art. 56 W. v. B. R.; en de voogd die tot het doen der rekening wordt veroordeeld en dus in het ongelijk gesteld wordt, moet tevens worden veroordeeld in de kosten van het regtsgeding. Doet hij daarentegen geene tegenspraak, maar verklaart hij zich integendeel dadelijk bereid, dan komen die kosten niet ten zijnen laste, indien hij ten minste niet vooraf is in verzuim gesteld. Het is waar, de voogd is rekenpligtig zoodra de voogdij eindigt. Maar dat beteekent niet, dat hij altijd verpligt is dadelijk daarna de rekening a a n t e b i e d e n, maar alleen, dat zij, van dat tijdstip af, ieder oogenblik van hem kan worden g e v o r d e r d. Zie arrest van den hoogen raad van 26 November 1858, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXII, 470—477.

§ 285. De regter beoordeelt in ieder bijzonder geval, welke uitgaven noodzakelijk of betamelijk zijn, welke als onnoodig of onnuttig moeten worden verworpen. De regter moet daarbij alleen letten op den aard der uitgaven, niet op de uitkomsten, die veelal

---

a) Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 485 en 486.

toevallig waren, en *a priori* niet konden voorzien worden. Het is de vraag, of de gedane uitgaven op zich zelven nuttig en behoorlijk, niet of zij, in hare gevolgen, voordeelig geweest zijn: *sufficiat tutori bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit, quod gestum est. L.* 8, § 7, *D. de cont. tut. et ut. act.*

§ **286**. Het is een noodzakelijk gevolg van art. 449, dat de som, die elk jaar door den voogd belegd wordt of moet worden, telkens bij de hoofdsom gevoegd wordt, en daarvan mitsdien reeds het volgende jaar interessen verschuldigd zijn. De voogd moet dus tot aan het sluiten der rekening interessen van die interessen verantwoorden, omdat, tot zoolang, die interessen van jaar tot jaar gekapitaliseerd worden. Na dien tijd blijft hij alleen verschuldigd de interessen van het goed slot, ook zonder dat dit in regten gevraagd wordt. Hij weet, dat hij dit slot moet uitkeeren, en is dus bij nalatigheid van zelven in mora. De pupil kan bovendien, door den eerbied jegens hem, die zijn voogd geweest is, teruggehouden worden, om dezen dadelijk in regten te roepen. Dit zijn de redenen der hier vastgestelde uitzondering van den algemeenen regel, voorkomende in art. 1286. Over dit één en ander verdienen gelezen te worden, Delv., II, 228, 229; Touill., I, 1262, 1273. — Het artikel is dan ook niets anders dan eene uitzondering op den regel van art. 1286, dat de interessen slechts verschuldigd zijn *a die morae*, d. i. van den dag der dagvaarding. Het mag daarom ook vooral niet worden opgevat in den ongerijmden zin, dat de interessen loopen van den dag, waarop het saldo, het zij in der minne het zij in regten, is vastgesteld. Het gevolg daarvan zou zijn, dat de meerderjarige pupil, dien de wet blijkbaar van beteren toestand heeft willen maken, van veel slechteren toestand wierd dan ieder gewoon schuldeischer, en dat de voogd die een groot saldo van rekening onder zich had, slechts het rekening-proces door allerlei exceptiën en chicanes eenige jaren had aan den gang te houden, om tot belooning van zijn onregtmatig en onbehoorlijk gedrag de interessen van dat saldo, gedurende al dien tijd, voor zich te behouden. Eene wet, die zulke ondeugende praktijken aanmoedigde niet alleen,

maar zelfs daartoe uitlokte, zou voorzeker eene bittere bespotting zijn. De rekening is gesloten, als de voogdij geëindigd is en het beheer van den voogd ophoudt, en van dat oogenblik af heeft de pupil regt op de renten van het saldo; ziedaar de eenvoudige en duidelijke beteekenis van het artikel. *Dies interpellat pro homine a*). Het is niet noodig, dat hij zijn voogd dagvaardt; want dat is juist één van die gevallen, bedoeld bij het slot van art. 1286, waarin de wet de interessen doet loopen van regtswege; *tutor et post officium finitum usuras debet in diem, quo tutelam restituit. L.* 7, § 15, *D. de adm. et peric.*

Renten *b*).

§ **287**. De reden is, omdat de zedelijke invloed, dien de voogd op zijn pas meerderjarig geworden pupil uitoefent, aanleiding zou kunnen geven tot bedrog of verrassing. Art. 472 *C. N.* verbood daarom *tout traité entre le tuteur et le mineur devenu majeur*, en had de vraag doen ontstaan, of het verbod zich bepaalde tot overeenkomsten, rakende de voogdij, dan wel of het ook tot andere overeenkomsten moest worden uitgestrekt? Het eerste was waarschijnlijk de bedoeling, en in dien zin is het bij ons art. 470 beslist.

§ **288**. *Argumento a contrario* volgt hieruit, dat de regtsvorderingen van den voogd tegen den minderjarige aan de gewone regelen der verjaring onderworpen blijven. De reden der kortere verjaring, omdat namelijk de voogd, die om niet de voogdij bestuurd heeft, niet al te lang moet blootgesteld blijven aan vorderingen, waartegen hij zich na een lang tijdsverloop misschien moeijelijk meer verdedigen kan, is op den minderjarige niet toepasselijk. De reden bestaat, onverschillig op welke wijze de voogdij eindigt, het zij in den persoon van den pupil, het zij in dien van den voogd, en de verjaring is dan ook altijd dezelfde, ofschoon hier meer bepaald genoemd wordt het meest gewone geval, dat de voogdij eindigt door meerderjarigheid. Dit blijkt dan ook duidelijk, als men het artikel vergelijkt met de bepalingen van de artt. 467 en 468. De wet kent maar ééne *actio tutelae*, en die verjaart met tien jaren. Zie beneden *ad* § 1220.

a) Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, d. V, bl. 493 en 494.

b) Zij bedragen 5 pCt. in het jaar. Art. 2 der wet van 22 Dec. 1857, *Stbl.* n°. 171.

Niettemin loopt, in dit geval, de verjaring eerst van den dag der meerderjarigheid van den pupil; en hetzelfde heeft plaats, als de minderjarige sterft, met achterlating van minderjarige erfgenamen; ook tegen dezen is de *terminus a quo* der tienjarige verjaring de dag hunner meerderjarigheid. Art. 2024 is algemeen; de regel *contra non valentem agere non currit praescriptio*, geldt niet alleen voor de gewone dertigjarige, maar ook voor alle kortere verjaring, indien niet de wet, zoo als b. v. in art. 2013, het tegendeel bepaalt. Maar eene zoodanige uitzondering voor de *actio tutelae* komt in de wet niet voor. Zie voorts *Regtsg. Adv.*, II, 56, 57.

TITEL XVII.

VAN HANDLIGTING.

(Artt. 473—486. EERSTE GEDEELTE, § 289—298, bl. 95—97.)

Geschriften: ASSER, 201—208; VOORDUIN, III, 129—157; VAN DER VOORT, I, 2, 163—193; DIEPHUIS, II, 386—400; OPZOOMER, *B. W.*, II, 429—441; DIEPHUIS, *N. B. R.*, V, 505—525; ASSER, *Handl.*, I, 426—433; DONKER CURTIUS, 310—318; *Regtsg. Bijdr.*, V, 229, 230; S. MENALDA, *Diss. de emancipatione*, *sec. jus. pat. nov.*, Gr. 1833; J. J. E. VAN DEN BRANDELER, *Diss. ad locum C. C. Fr. et Neerl. de emancipatione et venia aetatis*, L. B. 1835; N. E. ZEGERS VEECKENS, *Diss. de emancipatione ex princ. potissimum juris Neerl. ex antiquis patriae moribus explicati*, L. B. 1839; J. VAN DOORN, *Iets over de beperkte handlichting in het Nederlandsche recht*, Acad. Proefschr., Utrecht, 1872.

De voorname veranderingen door de wet van 4 Julij 1874 (*Stbl.* n°. 91) in dezen titel gebragt, zijn de twee volgende: 1°. dat de handligting niet meer wordt verleend door de ouders, maar door den kantonregter, na verhoor of behoorlijke oproeping van dengene der ouders, die de vaderlijke magt uitoefent, en van

de bloedverwanten of aangehuwden, en behoudens hooger beroep bij de regtbank door den minderjarige en door ieder die op het verzoek gehoord is; en 2°. dat in het geval van art. 484, de minderjarige onbevoegd is ook om zijne rentegevende effecten, inschrijvingen in grootboeken van openbare schuld, hypothécaire schuldvorderingen, en aandeelen in naamlooze of andere vennootschappen te vervreemden of te verpanden.

Algemeene bepalingen.

§ **289.** Men is in dezen titel, zoowel wat de hoofdtrekken als wat de bijzonderheden betreft, geheel afgeweken van de voorschriften van den *C. N.* over de *emancipatie*, welke laatste, hetgeen niet te ontkennen valt, den toestand van den geëmancipeerde wel wat onbestemd en onduidelijk beschreven had. Men heeft bij ons twee soorten van handligting ingevoerd: 1°. de algeheele of de meerderjarigverklaring; deze is de *venia aetatis* van onze oude regten, waarover zie DE GROOT, *Inl.* I, 6, 4, I, 10, 3; VAN LEEUWEN, *R. H. Recht*, I, 13, 5; VOET, *ad tit. D. de minor.*, 3 *sqq.*; en 2°. de gewijzigde of beperkte handligting, waardoor slechts sommige regten van meerderjarigheid verkregen worden, en die, behoudens de zeer gewigtige veranderingen, meer overeenkomst heeft met de Fransche *emancipatie.*

§ **290.** Door beiden ondergaat de persoon eene verandering van burgerlijken staat; en derden, die weten moeten met wien zij handelen, hebben er groot belang bij om van die verandering kennis te dragen.

§ **291.** Zie boven *ad* § 289.

Venia aetatis.

§ **292.** Door den koning. Volgens het oude regt werd de *venia aetatis* in de meeste gewesten verleend door de staten, en dat wel op grond, dat zij, als medebrengende eene *dispensatie* van het gemeene regt, alleen door den souverein kon worden toegestaan. VOET, t. a. p., 4. Van daar ook, dat, bij de beraadslaging in de tweede kamer over de tegenwoordige wet, enkele

leden van gevoelen waren, dat, ingevolge art. 68 Gr. (1840) *a*), dat regt niet alleen bij den koning kan berusten (VOORDUIN, 139). Te regt echter kon hiertegen aangevoerd worden, dat de *venia aetatis* slechts zoo lang eene *dispensatie* van den staat van minderjarigheid is, als de wet dat middel niet toelaat, maar dat zij ophoudt dat te zijn, indien zij door de wet zelve uitdrukkelijk wordt ingesteld en erkend.

§ **293**. Door de *venia aetatis* derhalve, even als door de *emancipatie* bij de Romeinen, (§ 6 *I. Quib. mod. P. P. solv.*), worden de kinderen uit de vaderlijke magt ontslagen of van de voogdij bevrijd.

1°. De reden dezer uitzondering is, omdat, ofschoon het huwelijk de gewigtigste handeling van het burgerlijk leven zij, jonge en onervaren lieden echter in niets met meer onberadenheid en onbezonnenheid te werk gaan; en omdat ouders en grootouders een regtstreeksch belang hebben bij het huwelijk hunner kinderen en kleinkinderen, en dus ligt zouden trachten het verleenen van de *venia aetatis* te beletten, indien zij daardoor alle magt en gezag bij het uithuwelijken van die kinderen en kleinkinderen verloren. Zij die noch ouders noch grootouders hebben, behoeven geene toestemming.

Handligting.

§ **295**. Er bestond naar de vroegere artikelen van het B. W. een zeer opmerkelijk verschil tusschen het geval, dat de ouders of een van beide nog leefden, als wanneer de handligting werd verleend door den vader of door de moeder, ten overstaan van den kantonregter, die in dat geval slechts de rol vervulde van instrumenterend ambtenaar, even als de notaris voor andere burgerlijke handelingen, en derhalve geheel lijdelijk was; en het geval dat beide ouders waren overleden of zich in de onmogelijkheid bevonden om hunnen wil te kennen te geven, als wanneer de handligting werd verleend, op verzoek van den minderjarige, door den kantonregter, die dan als regter op het verzoek be-

---

a) Art. 67 der Grondwet van 1848.

sliste. Een regtstreeksch gevolg hiervan was, dat alleen in het tweede, niet in het eerste geval, de kantonregter de gevraagde handligting mogt weigeren, en dat hij zelfs in het eerste geval zich niet had te mengen in een onderzoek naar den inhoud der ouderlijke verklaring; zoo als dan ook wel voor het tweede, maar niet voor het eerste geval, een regt van hooger beroep gegeven werd, kennelijk alleen omdat in het eerste geval eene weigering onmogelijk was. Thans echter is dit onderscheid, gelijk wij zagen boven bl. 224 en 225 geheel vervallen, omdat na de wet van 4 Julij 1874 (*Stbl.* n°. 91), de handligting, onverschillig of de ouders al of niet nog in leven zijn, altijd verleend wordt door den kantonregter, die dit echter in geen geval doen mag tegen den wil van dengene der ouders, die de vaderlijke magt uitoefent *a*).

§ **296**. Welke de gevolgen der handligting zijn, wordt in ieder bijzonder geval bepaald door den regter, die haar verleent, mits zich houdende binnen de grenzen der wet; de *C. N.* daarentegen regelde die gevolgen zelf in artt. **481—484.**

§ **297**. Bij de akte van handligting kan derhalve aan den minderjarige de bevoegdheid gegeven worden tot de uitoefening van alle of van sommigen dezer regten; al wat daar buiten gelegen is, b. v. de beschikking over zijne goederen, kan hem niet worden toegestaan. De wet van 4 Julij 1874 (*Stbl.* n°. 91) geeft hem thans echter de bevoegdheid om ter zake der handelingen, waartoe hij krachtens de verleende handligting bevoegd

---

a) De door den schrijver der handleiding aangewezen onderscheiding, gehuldigd in de vroegere artikelen 480 en 481, berustte op eene onjuiste opvatting van den aard der ouderlijke magt, als gold het daarbij in de eerste plaats niet het belang der minderjarigen, maar een regt der ouders, een regt derhalve waarvan zij, ook al werd zulks niet in het belang van het kind gevorderd, afstand mogten doen door het verleenen van handligting. Tot het opheffen van de gevolgen dier onjuiste leer, strekte de wet van 1874. Bij het verleenen der handligting behoort de regter zich alleen te laten leiden door het belang van den minderjarige.

Zie de schriftelijke gedachtenwisseling over deze wet, onder de gedrukte stukken der Tweede Kamer, Bijl. der Hand., 1872—1873—**99** en 1873—1874—**27**, en de mondelinge gedachtenwisseling, onder de Handelingen, 1873—1874, bl. 1443—1469.

is, eischende of verwerende in regten op te treden *a*). Hij blijft voor alles, waartoe hij bij de handligting niet is bevoegd verklaard, in den volstrekten toestand van minderjarigheid, en dus òf in de vaderlijke magt, òf in de voogdij; en de voogdijrekening wordt aan hem op de gewone wijze bij zijne meerderjarigheid afgelegd. Dit laatste is ook weder eene belangrijke afwijking van het Fransche regt. Volgens den *Code* eindigde de voogdij met de *emancipatie*, en werd aan den geëmancipeerde een curator toegevoegd, ten wiens overstaan de voogdij-rekening gedaan werd, en die hem in al die handelingen, die zijne eigen bevoegdheid te boven gingen, moest bijstaan. Art. 471, 480. 482 *C. N.*

5°., 6°. In deze beide laatste gevallen is de minderjarige bevoegd om, even als een meerderjarige, alle verbindtenissen te sluiten tot die fabrijk, nering en handel betrekkelijk, met uitzondering alleen van de vervreemding en de bezwaring zijner vaste goederen, en thans ook, na de wijzigingswet van 1874, zijner rentegevende effecten, inschrijvingen in, niet alleen Nederlandsche, maar in alle grootboeken van openbare schuld, enz. (zie boven bl. 225); zoodat de minderjarige, hoezeer hem in den regel dat regt niet kan worden gegeven bij handligting, echter in die gevallen over zijne hier niet uitgezonderde roerende goederen mag beschikken. Dit laatste belet evenwel niet, dat al die goederen, ook de hier uitgezonderde, ingevolge artt. 1177, 1178, verbonden zijn voor alle verbindtenissen door hem deugdelijk aangegaan. Moeijelijker was vroeger de vraag, of de geëmancipeerde ten behoeve van zijnen handel ook het regt had om zijne inschrijvingen op het grootboek en andere effecten te vervreemden? Kon men aan den éénen kant zeggen, dat hier geene uitdrukkelijke uitzondering gegeven werd van art. 451; aan den anderen kant werd het verbod om te vervreemden en te bezwaren zeer duidelijk beperkt tot de vaste goederen, en scheen hieruit dus te volgen,

a) Ten aanzien van die handelingen heeft hij een eigen domicilie. Dit is een noodzakelijk gevolg van de bevoegdheid om zelfstandig in regten op te treden, welke bevoegdheid, om allen twijfel daaromtrent op te heffen, thans uitdrukkelijk is toegekend bij art. 484 (nieuw) *in fine*.

dat hij de vrije beschikking kreeg over zijne roerende goederen. Dit was dan ook het meest algemeen aangenomen gevoelen. Te ontkennen was het echter niet, dat dit aanleiding gaf tot schromelijke misbruiken; en dat niet zelden van die vrijheid op zeer ligtvaardige wijze misbruik werd gemaakt, dikwijls zelfs ten behoeve van ouders van den minderjarige. Zie over dit alles meer *Themis*, II, 5, 338—351, en de daar aang. plaatsen in de *Ned. Jaarb.* Intusschen is, gelijk wij zagen, thans door de lang gewenschte wijzigingswet aan alle deze misbruiken en moeijelijkheden voor goed een einde gemaakt *a*).

TITEL XVIII.

VAN CURATELE.

(Artt. 487—518. EERSTE GEDEELTE, § 299—315, bl. 97—99.)

Geschriften: ASSER, 208—216; VOORDUIN, III, 157—200; VAN DER VOORT, I, 2, 193—262; DIEPHUIS, II, 401—446; OPZOOMER, I, 199—211; OPZOOMER, *B. W.*, II, 445—498; DIEPHUIS, *N. B. R.*, V, 525—590; ASSER, *Handl.*, I, 434—453; DONKER CURTIUS, 325—337; *Regtsgeleerde Bijdragen*, V, 230—240.

§ **300**. Onnoozelheid (*imbecilitas*) is de stompheid en stroefheid van verstand en geest, die den mensch alleen gevoel voor dierlijke gewaarwordingen overlaat, het geregeld denken en begrijpen, en bij gevolg het handelen met oordeel des onderscheids belet; krankzinnigheid (*dementia*), die stille verstandsverbijstering, verzwakking der geestvermogens, verwarring van denkbeelden, die het geregeld gebruik van verstand en rede uitsluit; razernij (*furor*), een hevige graad van verstandsverbijstering, vergezeld van aanvallen van woede of dolheid, die aanleiding geven tot buitensporige en gevaarlijke handelingen en daden van geweld. — DE GROOT, *Inl.*, I, 11, noemt allen die aan deze ziekten lijden,

---

a) Zie de boven ad § 295 aangehaalde geschiedenis dier wet.

bejaerde weesen, in tegenoverstelling van onbejaerde weesen of minderjarigen.

3°. De reden van de verschillende bevoegdheid van het openbaar ministerie is duidelijk. De onnoozele en de krankzinnige is voor derden of voor de maatschappij niet gevaarlijk. Hij wordt onder curatele gesteld alleen in zijn eigen belang of in dat zijner bloedverwanten; verkiezen deze laatsten zelven hunnen ongelukkigen bloedverwant te verplegen en te verzorgen, dan is hun gedrag prijzenswaardig, en schaadt dit aan niemand, en dan heeft de maatschappij niet het regt om tusschen beiden te komen en dit te beletten. Anders is het met den razende; zijne vrijheid kan gevaarlijk zijn voor de openbare rust; zijne daden kunnen onberekenbare ongelukken stichten; — het is de pligt van het openbaar ministerie daartegen te waken en die te voorkomen.

§ 301. Men noemt verkwister hem, die door onmatige en onnuttige verteringen zijn vermogen doorbrengt: *qui neque tempus neque finem expensarum habent, sed bona sua dilacerando et dissipando profundunt. L.* 1 *Pr. D. de curat. furios.;* quist-goederen, opmakers, verdoenders, hofs- of stadts-kinderen, heeten zij bij DE GROOT, t. a. p., 4. — De *C. N.*, art. 513—515, voegde hun eenen geregtelijken raadsman (*conseil judiciaire*) toe, zonder wiens bijstand zij tot zekere bepaalde handelingen onbekwaam waren, blijvende zij voor het overige *integri status.* De ondervinding had reeds lang het onvoldoende van dit middel geleerd, en tevens aangetoond, hoe onvolledig de toestand van hem, aan wien zulk een raadsman was toegevoegd, in de aangehaalde artikelen beschreven was. Men is dus tot de beginselen van het Romeinsch en oud-Hollandsch regt teruggekeerd (*l. l.* 1 *D.*, § 3 *I. de curat.*, DE GROOT, t. a. p.), door ook de verkwisters onder curatele te stellen, en hen op die wijze te beletten om zich zelven en anderen in armoede en ongelukken te storten.

Het spreekt van zelf, dat de curatele in geen geval verder uitgestrekt mag worden dan tot de vier redenen, in de wet uitgedrukt. De bepalingen van dezen titel mogen dus nimmer worden toegepast wegens doofheid, stomheid, hooge bejaardheid of

doorgaande ziekte. Het ontwerp van 1820 stond dit toe in art. 733; thans moeten zij, die aan zulke kwalen lijden, indien zij geene bloedverwanten hebben, die voor hen zorgen, in gasthuizen of in andere gestichten verpleegd worden. Hetzelfde ontwerp stond de curatele ook toe wegens gedurige dronkenschap (*ebriositas*), art. 732; doch ook deze reden is vervallen, en de dronkaard kan eerst dan onder curatele gesteld worden, wanneer hij zich bij voortduring schuldig maakt aan daden van verkwisting of van razernij.

§ **302.** De wet schrijft nergens eene bijzondere wijze van procederen voor voor het geval, dat de curandus zelf zijne curatele vraagt; maar art. 499 zegt integendeel in het algemeen, dat daarbij moeten worden in acht genomen de bepalingen der artt. 493—496. Wilde men dit letterlijk opvatten, dan zou de curandus aan zich-zelven zijn eigen verzoekschrift moeten doen beteekenen (art. 493), en dan zou hij zich-zelven moeten oproepen om gehoord te worden (art. 496). Het spreekt echter van zelf, dat de wet zulke dwaasheden niet kan gewild hebben, en dat de formaliteiten der aangehaalde artt. alleen moeten worden nagekomen, voor zoo verre zij in dit bijzonder geval kunnen worden toegepast. Die artt. hebben meer bepaaldelijk het oog, wanneer zij van beteekeningen en oproepingen spreken, op een contradictoir proces, waar twee partijen *in lite* zijn, dat is op het meest gewone geval. Maar het spreekt dan ook van zelf, dat hier waar geene partijen zijn, dat alles niet alleen tot niets dienen zou, maar dat het zelfs onmogelijk, en bij gevolg onnoodig is: *impossibilium nulla obligatio est. L.* 185 *D. R. J.; Regtsg. Bijbl.* I, 24, 27, 49—56.

Bij art. 490—499 voorgeschreven *a*).

Van den dag, dat het vonnis of het arrest zal zijn uitgesproken. Van den dag van het vonnis, als daarbij de curatele is uitgesproken; van dien van het arrest, indien dit eerst, met vernietiging van een vonnis, waarbij de eisch was

---

a) De toevoeging van een provisionelen bewindvoerder krachtens art. 495, ontneemt hem wiens curatele nog niet is uitgesproken, niet de bevoegdheid om, bij het stilzitten van den bewindvoerder, zelfstandig in regten op te treden tot handhaving zijner regten. Arrest van den hoogen raad van 12 Dec. 1879, *W.* n°. 4454.

afgewezen, in hooger beroep heeft plaats gehad. Dit kan overigens alleen betrekking hebben op de handelingen van den curandus; want de curator wordt hem, volgens art. 503, nog later, en eerst nadat òf het vonnis òf het arrest kracht van gewijsde bekomen heeft, en dus, wanneer ook de termijn tot cassatie verloopen is, toegevoegd. Zoo wordt het ook uitgelegd door Delv., II, 270, en Toull., I, 1335. Maar wie zal dan in dien tusschentijd voor den persoon en de goederen van den curandus zorgen? Indien er een provisionnele bewindvoerder, volgens art. 495, benoemd is, spreekt het van zelf, dat diens bediening voortduurt, tot dat er een curator benoemd is; zoo niet, dan moet wel de curandus tot zoo lang *integrie status* blijven *a*).

§ **303.** Zijne curatele strekt alleen om te voorkomen, dat hij zijne goederen roekeloos verspille, en daarvoor is, bij het maken van eenen uitersten wil, waarbij hij alleen beschikt voor den tijd, dat hij niet meer leven zal, geen gevaar. Ook hij, die op eigen verzoek, wegens zwakheid van vermogens en dus niet op grond van krankzinnigheid, is onder curatele gesteld, behoudt die bevoegdheid. Zie meer beneden, *ad* § 547.

§ **304.** Na iemands dood derhalve kunnen de door hem verrigte handelingen niet worden bestreden op grond van onnoozelheid, krankzinnigheid of razernij, uitgezonderd: 1°. de uiterste wilsbeschikkingen, want tot het maken daarvan moet men zijne verstandelijke vermogens bezitten, bij gebreke waarvan zij nietig zijn, al was er geene curatele uitgesproken (art. 942); 2°. indien de curatele vóór het overlijden verzocht of verleend is; wanneer de curatele slechts verzocht is, bestaat er wel een vermoeden voor het goed regt der bloedverwanten, die deze handelingen bestrijden, en hebben zij daarvoor in tijds gewaakt; doch zij zullen altijd het bewijs moeten aanvullen, dat werkelijk de erflater op dien tijd

---

a) Dit laatste acht ik niet wel vereenigbaar met de bepaling van het tweede lid van art. 500. Is gedurende het geding geen provisionele bewindvoerder benoemd, dan is er werkelijk niemand die voor den curandus als vertegenwoordiger kan optreden. Groot bezwaar levert dit echter niet op. Den regter aan wien de bevoegdheid is toegekend om een provisionelen bewindvoerder te benoemen (artt 495 *B. W.* en 28 der wet van 29 Mei 1841, *Stbl.* n°. 20), mag zulks doen, zoolang het vonnis nog niet in kracht van gewijsde is gegaan.

niet in het volle genot zijner verstandelijke vermogens was, TOULLIER, I, 1363; 3°. wanneer het bewijs der kwaal uit de bestreden handeling zelve voortvloeit.

§ **306.** Moet aan den man, als hij curator is over zijne vrouw, een toeziende curator worden toegevoegd? Neen. Wel is waar, art. 503 bepaalt in het algemeen, dat in elke curatele een toeziende curator benoemd wordt; maar dat artikel spreekt kennelijk alleen van datieve curatele, en die van den man over zijne vrouw is niet datief, maar wettig. Wel is waar, art. 506 maakt al de bepalingen omtrent den toezienden voogd op de curatele toepasselijk, maar eene redenering uit dat artikel zou niets anders zijn dan eene *petitio principii.* Immers het spreekt van zelf, dat die bepalingen slechts van toepassing kunnen zijn, wanneer er een den toezienden voogd vervangende toeziende curator is; en nu is het juist de vraag, die eerst beslist moet worden, of die in dit geval aanwezig is. En dat dit niet zoo is, blijkt duidelijk uit de vergelijking van art. 504 en 505. Het laatste artikel zegt, dat de vrouw tot curatrice over haren man kan benoemd worden, maar dat in dat geval de kantonregter eenen toezienden curator moet aanstellen. Art. 504 daarentegen zegt alleen, dat de man van regtswege curator wordt over zijne onder curatele gestelde vrouw, en zwijgt van eenen toezienden curator, die ook hier niet noodig was, omdat de man eigenlijk geene nieuwe of grooter magt verkrijgt over zijne vrouw, maar integendeel zijne curatele eenvoudig eene voortzetting is van de maritale magt. Art. 422 bepaalt wel, dat in iedere voogdij een toeziende voogd zijn moet; maar juist dit artikel wordt bij art. 506 niet op curatele van toepassing verklaard. — Zie ook *Regtsg. Adv.*, IV, 60—63 *a*).

§ **307.** Over die kinderen. Ook over de natuurlijke? — Het schijnt neen. Wanneer de wet spreekt van kinderen, zonder er natuurlijke bij te voegen, bedoelt zij in het algemeen alleen wettige kinderen; ook spreekt art. 507 van anderen echtgenoot, en vooronderstelt dus een huwelijk en wettige kinderen. Het bestuur over de goederen van den vader en van

a) Anders echter OPZOOMER, *B. W.*, d. V, 495 en 496.

zijne wettige kinderen is eigenlijk slechts één; maar hetzelfde kan niet, althans niet in diezelfde algemeenheid, gezegd worden van natuurlijke kinderen. Wanneer dus de vader onder curatele gesteld wordt, en de moeder overleden is of het kind niet erkend heeft, of omgekeerd, wanneer de moeder onder curatele gesteld is, enz. (art. 408), zal de kantonregter, volgens art. 420, in de voogdij der natuurlijke kinderen moeten voorzien.

§ **309.** Men moet hierbij vooral vergelijken de wet van 29 Mei 1841 (*Stbl.* n°. 20), houdende bepalingen omtrent de gestichten voor krankzinnigen, en de wijze hunner opneming en van hun ontslag uit die gestichten, waarin men onder anderen ook aantreft bepalingen omtrent de verzorging in die gestichten van zoodanige krankzinnigen die nog niet zijn onder curatele gesteld, en waarbij derhalve deze bepalingen van het B. W. nader worden aangevuld *a*).

Ingeval van verkwisting, enz. De opsluiting van verkwisters werd door de Fransche wetgeving niet toegelaten. Spoedig reeds na hare invoering hier te lande, en na het herstel van zaken in 1814, had men deze gaping ingezien en getracht haar aan te vullen door een besluit van den souvereinen vorst, van den 12 Februarij 1814 (*Stbl.* n°. 25), dat echter door de nieuwe bepalingen op dit onderwerp in het wetboek opgenomen, is vervallen. Die opsluiting heeft tweeërlei strekking: 1°. de veiligheid en het belang der maatschappij, voor wie het beter is misdaden te voorkomen dan te straffen. Zij is eenvoudig een maatregel van voorzorg, en volstrekt geene straf; zij wordt uitgesproken door den burgerlijken regter; zij heeft niet een enkel gevolg van eenige straf, en is dus ook niet in strijd met den regel van het strafregt, die medebrengt, dat geene straf mag worden uitgesproken, indien er geene overtreding der strafwet heeft plaats gehad; 2°. de

---

a) Een wetsontwerp *regelende het staatstoezigt op, en de verpleging van krankzinnigen*, waarbij de intrekking der wet van 1841 wordt voorgesteld, is bij Kon. boodschap van 23 Junij 1881 bij de vertegenwoordiging aanhangig gemaakt. *Bijl. der Hand.*, 1880—1881—**169**; 1881—1882—**45**; 1882—1883—**52**; 1883—1884—**42**. Bij het gewijzigd ontwerp van wet (*Bijl.* 1882—1883—**52**, n°. **2**), wordt ook de intrekking van de artt 509 en 510 en het tweede lid van art. 518 *B. W.* voorgesteld.

verbetering van den verkwister, die, naar den gewonen loop van zaken, het zij na zijn geheele vermogen te hebben doorgebragt, het zij nadat men hem alleen de beschikking over dat vermogen ontnomen, die over zijn persoon gelaten heeft, zijne toevlugt zal nemen tot misdaden, om zijne losbandige levenswijze te kunnen voortzetten, om aan zijne driften en begeerlijkheden te kunnen voldoen. Door eene tijdige en gepaste berooving zijner vrijheid kunnen hij en de zijnen voor schade bewaard, kan hij tot berouw en nadenken gebragt worden.

§ **310.** 5°. Het openbaar ministerie kan de curatele, uit hoofde van verkwisting, niet vorderen, art. 488. Maar wanneer deze éénmaal is uitgesproken, en de vrijheid van den verkwister niet langer bestaanbaar is met de openbare rust en veiligheid, dan treedt het openbaar ministerie tusschen beiden, om de vastzetting te vorderen.

§ **313.** Wie kan die opheffing vragen? De wet zwijgt hierover. Maar het schijnt niet twijfelachtig, dat dit verzoek geschieden kan door allen, die het regt gehad hebben om de curatele te verzoeken. Er bestaat volmaakt dezelfde reden voor het één als voor het ander. Daarom ook moeten voor beiden dezelfde formaliteiten worden in acht genomen *a*).

---

a) De opheffing kan in de eerste plaats gevraagd worden door den persoon zelf, die onder curatele staat. Dat ook den curator en zij die tot het vragen der curatele geregtigd waren, de bevoegdheid hiertoe bezitten, wordt vrij algemeen aangenomen. Anders echter Opzoomer, *B. W.*, d. II, bl. 477 en 478.

TITEL XIX.

VAN AFWEZIGHEID.

(Artt. 519—554. Eerste gedeelte, § 316—333, bl. 99—104.)

Geschriften: Asser, 217—232; Voorduin, II, 201—293; van der Voort, I, 2, 262—338; Diephuis, II, 466—502; Opzoomer, I, 211—245; Opzoomer, *B. W.*, II, 501—592; Diephuis, *N. B. R.*, V, 590—683; Asser, *Hdl.* I, 457—476; Donker Curtius, 338—351; *Regtsg. Bijdragen*, V, 240—248; H. C. Huyzer, *Diss. de absentium juris differentia inter Codd. Fr. et Neerl. nov.*, L. B. 1833; D. Roessingk, *de absentibus, sec. C. C. Bat. fut.*, Gr. 1836: J. J. D. Nepveu, *Diss. de praecipuis jur. nov. Belg. differentiis, ratione absentium*, *Tr. ad Rh.* 1838.

Volgens het oud-Hollandsch regt werden de goederen van eenen afwezige, gedurende eenen langeren of korteren tijd, onder curatele gesteld, en daarna tusschen zijne erfgenamen, *titulo fiduciario*, en onder borgtogt *de restituendo*, verdeeld. Voet, *ad tit. D. fam. ercisc.*, 18—20. Volgens het Holl. Wetb. *Nap.*, art. 32—39, verbleven die goederen gedurende twintig jaren sedert zijn vertrek of sedert de laatste tijding onder curatele; daarna werd de afwezige vermoed dood te zijn, en zijn boedel. onder gelijken borgtogt, tusschen zijne erfgenamen of andere regtverkrijgenden verdeeld. De *C. N.* verleent, art. 112—140, aan de erfgenamen of regtverkrijgenden eerst na vier jaren afwezigheid de provisionele inbezitstelling der goederen onder borgtogt, en dertig jaren daarna de opheffing van den borgtogt met de definitieve inbezitstelling. Volgens het ontwerp van 1820, art. 766—795, zou de boedel van eenen afwezige almede onder curatele gesteld worden, en daarmede tien jaren later, of wel op het tijdstip, dat de afwezige zijn 75ste jaar zou hebben bereikt, mits altijd tien jaren na de benoeming van den curator, provisionneel worden gehandeld als met dien van eenen overledene. Dien ten gevolge zouden de goederen tusschen de regthebbenden verdeeld worden, doch onder borgtogt, indien

de afwezige nog geene 75 jaren mogt hebben bereikt. In het wetboek van 1830 waren, art. 568—596, grootendeels de bepalingen van den *C. N.* over afwezigheid overgenomen. Eerst bij de herziening na 1830 is men tot het nieuwe stelsel, meer overeenstemmende met ons oud regt, gekomen. Zie *Redevoering* van den heer BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, I, 395—409; *Regtsg. Bijdragen*, VI, 723.

Bepaling. — Voorloopige voorzieningen.

§ **316.** Men moet dus den afwezige, waarvan in dezen titel gehandeld wordt, niet verwarren met hem, die zich tijdelijk niet bevindt binnen zijne gewone woonplaats, het zij hij zich voor eenigen tijd op reis begeven hebbe, het zij men wete, waar hij zich ophoudt, en dien men in eenen regtskundigen zin kan noemen niet tegenwoordig *a*).

§ **317.** Het is daartoe niet noodig, dat men in den regtskundigen zin van het woord afwezig is. Die bewindvoerder wordt benoemd, zoodra er noodzakelijkheid bestaat, om iemand, die zijne woonplaats, zonder volmagt, verlaten heeft, te vertegenwoordigen, of in het geheel of gedeeltelijk beheer zijner goederen te voorzien, onverschillig of hij afwezig of slechts niet tegenwoordig is. Volgens art. 112 en 113 *C. N.* en art. 568 en 569 van het wetboek van 1830 moest de regtbank slechts eenen notaris benoemen, om den vermoedelijk afwezige te vertegenwoordigen bij de boedelbeschrijving, rekening, scheiding en vereffening; doch kon voor al het overige zoodanige voorzieningen nemen als zij goedvond.

Belanghebbenden: Zijn hier de schuldeischers, de medevennooten, de man, de vrouw, de kinderen, en alle anderen, die

---

a) Volgens DIEPHUIS, *N. B. R.*, d. V, bl. 592—595, vat onze wet het woord afwezig in den zin van het dagelijksche leven op, zoodat daartoe alleen wordt gevorderd, dat men zich van zijne woonplaats heeft verwijderd, hetgeen echter niet belet dat aan de afwezigheid alleen bij dezen titel geen gevolgen worden verbonden, maar dat daartoe nog vereischt wordt, dat deze vergezeld ga van de in de verschillende bepalingen vermelde bijkomende omstandigheden.

een regtstreeksch geldelijk belang hebben bij de voorziening. Kunnen daaronder ook begrepen worden de vermoedelijke erfgenamen? Neen, zoo lang de afwezige niet vermoedelijk dood verklaard is, hebben zij als zoodanig geene regten, en dus geen dadelijk belang. Zie ook DELV., I, 224; TOULLIER, I, 394 *a*).

Aan het openbaar ministerie. Want zoo lang de verklaring van vermoedelijk overlijden nog niet geschied is, zijn er voor niemand eenige regten op de goederen van den afwezige geopend, en is er dus niemand, aan wien die rekening kan gedaan worden.

Verklaring van vermoedelijk overlijden.

§ 318. Èn volgens art. 120 C. N., èn volgens art. 572 van het wetboek van 1830 had er niet eene verklaring van vermoedelijk overlijden, maar eenvoudig van afwezigheid plaats. Moest nu de afwezige vooronderstelD worden, naar de wet, te leven of gestorven te zijn? — De beslissing van vele twijfelachtige gevallen kon hiervan afhangen; geen wonder dus, dat hierover veel getwist werd. Sommige schrijvers hielden hem voor levend, anderen voor dood. De waarheid was eigenlijk, dat de wet noch het ééne noch het andere in alle gevallen vooronderstelde. In sommige opzigten gold het vermoeden van leven; in andere weder dat van dood. Zie b. v. TOULLIER, I, 418. Wat daarvan zij, onze wet heeft allen twijfel daaromtrent weggenomen, en den afwezige altijd verklaard vermoedelijk overleden te zijn, maar tevens eene menigte voorzorgen genomen, die het, zoo al niet onmogelijk, dan toch ten hoogste onwaarschijnlijk maken, dat hij, over wien zulk eene verklaring uitgebragt wordt, nog leven kan. Daarom moeten er al dadelijk vijf jaren verloopen, eer met eenigen daartoe strekkenden maatregel kan begonnen worden, art. 523; daarop moeten volgen de drie openbare dagvaardingen, ieder op eenen termijn van ten minste drie maanden loopende, art. 523; de regtbank

---

a) Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, V, 601 en 602, en OPZOOMER, *B. W.*, II, 556 en 557, die, ofschoon op verschillende gronden, onder de belanghebbenden ook begrijpen de vermoedelijke erfgenamen.

kan alsdan nog een getuigenverhoor bevelen, en eindelijk hare uitspraak nog vijf jaren uitstellen, met bevel van zoodanige nieuwe oproeping en plaatsing in de nieuwspapieren, als zij noodig oordeelt, art. 525. Er moet dus altijd sedert het vertrek van den afwezige, of sedert de laatste tijding, een termijn verloopen van ten minste zes en ten hoogste elf jaren. De regtbank moet eindelijk bij hare uitspraak letten op de beweegredenen der afwezigheid, op de oorzaken, die het ontvangen van tijdingen hebben kunnen verhinderen, en op alle andere omstandigheden tot het vermoeden van overlijden betrekkelijk. Art. 525.

Volmagt. Wanneer men eene volmagt tot het beheer zijner zaken heeft achtergelaten, kan er niet wel vermoed worden, dat men niet zal terugkeeren; de volmagt is ten minste een sprekend bewijs van den *animus redeundi.* Daarom wordt alsdan de gewone termijn verdubbeld, en zulks al ware ook de volmagt vroeger geeindigd, in welk geval er echter een bewindvoerder voor het beheer der zaken benoemd wordt. Art. 526. Maar hoe, als de volmagt bepaaldelijk voor eenen langeren tijd, b. v. van 15 jaren, gegeven is? men zou alsdan het verloop van dien tijd moeten afwachten en vooronderstellen, dat de afwezige na dien tijd zal terugkeeren *a*).

Openbare dagvaardingen. Het doel van die dagvaardingen is, om den afwezige, zoo mogelijk, van het gedane verzoek kennis te geven, en hem in de gelegenheid te stellen, indien hij nog in leven is, om zich aan te melden. Tot dat einde worden ze telkens geplaatst in de nieuwspapieren, daartoe door de regtbank aangewezen, en aangeplakt aan de vergaderplaats der regtbank en aan het huis der gemeente, art. 523. Het spreekt van zelf, dat het de belanghebbenden zijn, op wier verzoek de dagvaardingen geschieden, die voor dit alles zorgen moeten; en deze zijn hier de vermoedelijke erfgenamen, als het meeste belang hebbende bij de verklaring van vermoedelijk overlijden *b*). — Deze openbare dag-

---

a) In gelijken zin Opzoomer, *B. W.*, d. II, bl. 570 en 571. Anders Diephuis, *N. B. R.*, d. V, bl. 629 en 630.

b) Niet alleen de vermoedelijke erfgenamen, maar in het algemeen allen die regten hebben, wier bestaan van den dood des afwezigen afhankelijk is, b. v. zijne

vaardingen waren in ons oud regt veelvuldig gebruikelijk, en bekend onder den naam van *edictale citatiën*, waarover zie VOET, *ad tit. D. de in jus voc.*, 16; MERULA, *Manier van procederen*, IV, 24, 16, § 2, 3. Onder de Fransche wetgeving waren zij onbekend.

Woonplaats. Maar wat, als de afwezige geene vaste woonplaats gehad heeft, of als deze onbekend is? — In dat geval moet men zijne toevlugt nemen tot den regter van de plaats van het laatste verblijf, die alsdan, volgens art. 74, voor zijne woonplaats gehouden wordt.

Welke dag, enz. Die dag moet daarom in het vonnis worden uitgedrukt, omdat zij, die op dezen, en niet die op den dag van het vonnis, zijne vermoedelijke erfgenamen geweest zouden zijn, het bezit zijner goederen verkrijgen. Art. 528. En hieruit volgt, dat, wanneer één der vermoedelijke erfgenamen in dien tusschentijd gestorven is, hij zijne regten aan zijne erfgenamen overdraagt, door de terugwerkende kracht van het vonnis. Een voorbeeld zal dit duidelijk maken. — A heeft zijne woonplaats verlaten, nalatende als eenige bloedverwanten, twee broeders, B en C. B sterft, doch laat kinderen achter. Wanneer daarna A wordt verklaard vermoedelijk overleden te zijn, verkrijgen zoowel de kinderen van B als C het bezit zijner goederen. Zie ook art. 907.

Deze verklaring moet, enz. Wie moet voor die bekendmaking zorgen, het openbaar ministerie of de belanghebbenden, op wier verzoek de verklaring is uitgesproken? — Bij het stilzwijgen der wet ligt het in den aard der zaak, dat deze laatsten dit doen moeten, even als dit met de openbare dagvaardingen het geval is. Indien de wet die zorg aan het openbaar ministerie had willen opdragen, zou zij dit uitdrukkelijk gezegd hebben.

§ 319. Men vindt in *Opm. en Meded.*, XI, 180—211, een naauwkeurig verslag van het verhandelde tusschen de regering en de staten-generaal over deze wet, houdende, blijkens haar op-

---

legatarissen. Ook deze kunnen als belanghebbenden eene verklaring van vermoedelijk overlijden uitlokken, en zijn dan verpligt voor dit alles te zorgen.

schrift, uitzonderingen op de artt. 523, 526 en 549 B. W. Die uitzonderingen betreffen uitsluitend de termijnen bij die artikelen bepaald, voor het overige blijven zij in hun geheel. Het was meermalen opgemerkt, en er was meermalen over geklaagd, dat het B. W. in dit opzigt strenger was dan eenige andere wet. De eigenlijke aanleiding echter tot de herzienings-wet was de tienjarige termijn, bij art. 549 (zie beneden *ad* § 331) gesteld voor het aangaan van een tweede huwelijk door den achtergebleven echtgenoot; maar men begreep, dat het noodzakelijk en rationeel gevolg van verkorting van dien termijn, moest zijn dat ook in dien van de verklaring van het vermoedelijk overlijden, en de daaruit volgende maatregelen over het beheer der goederen, voor het minst eene gelijke verkorting moest gebragt worden. Men moet echter niet uit het oog verliezen, dat de uitzondering dezer wet alleen betreft de wettelijke termijnen, en dat alzoo, ook bij de toepassing daarvan de slotbepaling van art. 525 in haar geheel blijft, en dat bij gevolg ook dan de regter de eind-uitspraak gedurende vijf jaren kan uitstellen, indien hij meent, dat daarvoor gronden zijn. Van het art. 525 toch spreekt de uitzonderings-wet niet; en het blijkt bovendien uit de herhaalde verklaringen der regering, dat dit met opzet is nagelaten, omdat men ook in de gevallen dezer wet dit vermogen voor den regter ongeschonden heeft willen bewaren. Eindelijk de verkorte termijnen dezer wet zijn altijd dezelfde, onverschillig of de afwezige al of niet eene volmagt heeft achtergelaten. De *ratio distinguendi* daarvoor in de gewone gevallen bestaande vervalt hier. Men begreep namelijk, dat die onderscheiding doel en strekking zou verliezen in het stelsel dezer wet, die tot waardering der afwezigheid en van hare oorzaken kenmerken aangeeft, tot aannemelijker en zekerder uitkomsten leidende dan het al of niet bestaan van eene volmagt.

1°. Dat het voor de toepassing van dit art. een noodzakelijk vereischte is, dat de afwezige op het schip is gebleven, en dat het derhalve niet kan worden ingeroepen tegen hem, die het vóór de zeeramp, waardoor het schip verongelukt of verloren gegaan is, verliet, spreekt van zelven. Het ligt in den aard der zaak; want alleen de omstandigheid, dat het schip geacht wordt te

zijn verloren gegaan, geeft aanleiding tot de inroeping van den verkorten termijn, en het blijkt dan ook uit de beraadslaging zeer duidelijk, dat men met het artikel geene andere bedoeling had *a*). Maar wat, indien allen die zich op het schip bevinden, dat verlaten hebben; en indien wel later het schip is teruggevonden, maar van de bemanning niets meer is vernomen? — Ook dan zal hetzelfde antwoord moeten gegeven worden. De *ratio decidendi* is dezelfde; de bemanning kan dan niet vermoed worden te zijn omgekomen bij de zeeramp van een schip, waarvan geene berigten zijn ingekomen. Wanneer het echter blijken mogt, dat de bemanning het schip verlatende zich heeft begeven op eene boot, waarvan in drie jaren niets meer vernomen is, dan zal integendeel het artikel wel zijne toepassing moeten vinden. Men zal dan toch aan het woord schip mogen geven dezelfde ruime beteekenis, als de regering bij de beraadslaging gaf aan het woord vaartuig; want er is inderdaad geen reden denkbaar, waarom de vermissing der equipage van eene boot zoo geheel verschillende regtsgevolgen hebben zou, als die van de bemanning van een schip. Redding en ontkoming laat zich zelfs in het laatste geval nog eer vermoeden dan in het eerste.

2°. In dit geval derhalve doet de al- of niet vermissing van het schip niets ter zake. Dat wordt voor het overige dan ook gewoonlijk behouden, of het gaat verloren voor het oog der kustbewoners. zoodat daaromtrent in den regel geene onzekerheid bestaan kan. Alles hangt hier af van de vermissing van den persoon.

Zeeën of wateren. — Hoezeer wel in het algemeen de rivieren behooren tot de binnenlandsche wateren, blijkt echter uit de verklaring door de regering van deze woorden gegeven, en waarin door de kamer is berust, dat men daarmede alleen bedoeld heeft die wateren, die met de zee gelijk staan.

---

a) Hij die de verklaring van vermoedelijk overlijden verzoekt, moet bewijzen: 1°. dat de afwezige tijdens het schip in zee stak, tot de bemanning of de passagiers daarvan behoorde; 2°. dat sedert de laatste tijding van het schip, of bij gebreke daarvan, sedert het schip in zee stak, drie jaren zijn verloopen. Op hem die voor den afwezige opkomt tot bestrijding van het verzoek, zal dan de bewijslast rusten, dat de afwezige het schip heeft verlaten, of wel dat binnen de laatste drie jaren bericht van het schip is ingekomen.

Een deel, enz. Men moet hieruit natuurlijk niet de ongegronde gevolgtrekking maken, dat het artikel niet van toepassing zou zijn, indien het ongeval de geheele bemanning treft. Men heeft zich twee gevallen voorgesteld, het eerste, dat het geheele vaartuig met man en muis vergaat; het tweede, dat slechts een gedeelte der bemanning omkomt, terwijl het vaartuig al of niet behouden blijft. Deze verklaring van de regering moge de bedoeling duidelijk maken; of zij volkomen juist is, mag niettemin worden in twijfel getrokken. Er is toch wel degelijk een derde geval mogelijk, dat namelijk het vaartuig behouden blijft, maar de geheele bemanning omkomt. Letterlijk zou eigenlijk daarin door het artikel niet worden voorzien; maar het is niettemin duidelijk, dat de bedoeling geene andere zijn kon noch was, dan ook daartoe den verkorten termijn van het artikel uit te strekken.

Regten en verpligtingen van vermoedelijke erfgenamen en andere belanghebbenden.

§ **320**. Dit is 1º. een natuurlijk gevolg van het beginsel, dat de afwezige vermoed wordt overleden te zijn, en 2º. noodzakelijk, om de bij dien uitersten wil benoemde erfgenamen of legatarissen te leeren kennen.

§ **321**. Op den dag, enz. Want, als er na dien dag geene tijdingen van hem zijn ingekomen, dan kan er geene reden bedacht worden om te vooronderstellen, dat hij op eenen anderen, veel minder om te bepalen, op welken dag hij zou gestorven zijn.

Zij hebben, enz. Uit art. 125 *C. N.*, dat hun slechts een regt van bewaring toekende, waren eene menigte moeijelijkheden ontstaan over de regten en pligten van die vermoedelijke erfgenamen, die door de tegenwoordige nieuwe bepalingen zijn afgesneden.

§ **322**. 1º. Het bezit van den vermoedelijken erfgenaam is slechts een vruchtgebruik; de dood van den afwezige eene vooronderstelling, die ieder oogenblik door zijne terugkomst kan gelogenstraft worden; de afwezige blijft eigenaar zijner goederen, die hem door zijne vermoedelijke erfgenamen moeten teruggegeven worden. Van daar de zekerheidstelling. De *C. N.* zweeg over

het geval, dat de erfgenamen geene zekerheid konden stellen. Zie DELVINCOURT, I, 234. Volgens art. 577 van het wetboek van 1830 werd de afwezig-verklaring, in dat geval, beschouwd als vervallen. — Deze bepaling scheen uiterst hard, zoowel omdat de in-bezit-stelling der goederen eigenlijk geschiedt in het belang van den afwezige, alsook omdat in de rigtige bewaring der goederen zeer goed op eene andere wijze kon voorzien worden. Ons art. 529 heeft dus, ook hier de regelen van het vruchtgebruik volgende, in dat geval op eene veel doelmatiger wijze voorzien; te meer nog, daar hij, die heden geen zekerheid kan stellen, welligt morgen daartoe in staat zal zijn.

§ **323**. Voorregt van boedelbeschrijving. De afwezige kan, buiten het weten der erfgenamen, vooral buiten 's lands, schulden gemaakt hebben; het was dus billijk, dat deze laatsten daarvoor niet *ultra vires* gehouden werden.

§ **325**. Indien de erfgenamen die toch reeds voor hun bestuur verantwoordelijk zijn, zonder eenige schadeloosstelling gehouden waren om de goederen van den afwezige te besturen, zou er schier niemand gevonden worden, die zich met eenen zoo drukkenden last wilde bezwaren. LOCRÉ, II, 258. — Ons artikel laat echter eene uitzondering toe, en bepaalt, dat de regtbank die teruggave mag wijzigen *a*), en zelfs daarvan geheel ontheffen, uit hoofde van de geringheid der achtergelaten goederen.

§ **326**. 1°. De gemeenschap van goederen is ontstaan uit eene stilzwijgende of uitdrukkelijke overeenkomst tusschen de beide echtgenooten, en kan dus niet door de enkele daad van één hunner ontbonden worden. Het regt echter van den achtergeblevene, om haar voort te zetten, duurt slechts tien jaren, omdat hij na dien tijd tot een tweede huwelijk kan overgaan, art. 550 *b*). Moet de echtgenoot in dat geval, even als de erfgenamen, zeker-

---

a) Hiermede is blijkbaar alleen bedoeld vermindering, niet vermeerdering van het terug te geven deel.

b) Gaat echter de achtergebleven echtgenoot ingevolge de wet van 9 Julij 1855, *Stbl.* n°. 67, vóór dien tijd een nieuw huwelijk aan, dan wordt de gemeenschap krachtens art. 181, 2°., van regtswege ontbonden, vervalt dus het hier toegekende regt.

heid stellen? — Deze vraag bestond reeds in het Fransche regt. Zie b. v. TOULLIER, I, 466, 470. Zij is bij ons niet uitdrukkelijk beslist. Echter schijnt het vrij zeker, dat hij dit niet behoeft: 1°. uit den zamenhang van art. 539, dat twee gevallen stelt, dat van aanhouding en dat van ontbinding der gemeenschap; in het tweede geval schrijft het de zekerheidstelling voor, in het eerste niet: ergo; 2°. uit art. 540, dat vooronderstelt, dat de borgtogt pas na dertig jaren ophoudt, terwijl die, door den echtgenoot gesteld, nimmer langer dan tien jaren zou kunnen duren, volgens art. 539; en 3°. blijkt dit uit de antwoorden der regering op de vragen en aanmerkingen der afdeelingen, dat het natuurlijk onbillijk zou zijn van den echtgenoot eenen borg te vorderen, daar deze, door de afwezigheid van den anderen, in geene nadeeliger conditie behoort gebragt te worden; ofschoon het opmerking verdient, dat de vraag, of de echtgenoot het voorloopig in bezit stellen zou kunnen verhinderen, door eene voortdurende gemeenschap te kiezen en borg te stellen, in de afdeelingen eenparig met ja is beantwoord. VOORDUIN, 250, 251, 254.

Op zich te nemen of te behouden. Op zich te nemen, als het de vrouw, te behouden, als het de man is, art. 179.

§ **327**. In beide die gevallen is het vermoeden van overlijden bijna tot zekerheid gebragt, en kan er niet meer voorondersteld worden, dat de afwezige nog in leven zij.

§ **328**. Kinderen en verdere afkomelingen *a*).

Regten opgekomen aan een afwezige wiens bestaan onzeker is.

§ **329**. De afwezige wordt vermoed overleden te zijn op den dag, waarop hij zijne woonplaats verlaten heeft, of waarop de laatste tijding van hem is ingekomen; hij heeft sedert dien tijd geene regten meer kunnen verkrijgen en ook niet kunnen overdragen. B. v. iemand heeft bij uitersten wil tot zijnen éénigen

---

a) Zij hebben dat regt echter slechts gedurende dertig jaren na het verstrijken van den termijn in art. 540 gesteld, art. 543.

erfgenaam benoemd A, die, op het tijdstip van den dood des erflaters afwezig, en wiens bestaan onzeker is. De erfenis keert terug tot de erfgenamen ***ab intestato***, zoo lang de kinderen van A of diens verdere erfgenamen niet bewijzen, dat hij op dat oogenblik geleefd heeft, in welk geval alleen deze zijne regten aan hen heeft kunnen overdragen; in het tegenovergestelde geval vervalt de uiterste wilsbeschikking, art. 946. — Zoo ook, als aan den afwezige, nadat zijn bestaan onzeker is geworden, een legaat is opgekomen, art. 1005.

§ **330.** Al weder een gevolg van het vermoeden van overlijden *a*). Om erfgenaam te zijn, het zij bij versterf, het zij uit kracht van eenen uitersten wil moet men bestaan op het oogenblik, dat de nalatenschap is opengevallen, artt. 883, 946. De afwezige wordt vermoed niet te bestaan; hij kan dus geen erfgenaam worden, en de erfenis, of het hem daarvan toekomende gedeelte, vervalt òf aan degenen, die haar met hem zouden moeten deelen, indien hij in leven was, òf aan hen, die bij gebreke van hem, daartoe zouden geroepen zijn. Het eerste heeft plaats: 1°. wanneer hij te gelijk met anderen bij uitersten wil tot erfgenaam benoemd is, en in de gevallen, waarin, volgens artt. 1049, 1050, het regt van aanwas wordt toegelaten; 2°. wanneer hij, met anderen aan den erflater in denzelfden graad van bloedverwantschap bestaande, bij versterf geroepen wordt tot de nalatenschap van één zijner zijdmagen, en zijne kinderen, zoo hij die

---

a) Ik acht het zeer twijfelachtig of men hier kan spreken van een vermoeden van overlijden. Art. 545 bevat slechts eene toepassing van den algemeenen regel omtrent het bewijs in art. 1902 gehuldigd. Hij die aanspraak maakt op een regt, dat hem alleen toekomt wanneer de afwezige op zeker tijdstip nog in leven was, zal het bestaan van die omstandigheid moeten bewijzen. Zoolang hij daarin te kort schiet, kan zijne vordering hem niet worden toegewezen. Dit en niets anders bepaalt art. 545. Maar kan nu ook degene die bij vroeger overlijden van den afwezige, aanspraak op dat regt zou kunnen doen gelden, evenmin bewijzen dat de afwezige op het beslissend tijdstip reeds overleden was, dan zou het regt in de lucht moeten blijven hangen. Tot opheffing van die onzekerheid dient art. 546. Het kent in dat geval aan den laatste het regt tot inbezitneming toe. Alleen echter voorloopig. De afwezige zelf of zijne regtverkrijgenden zullen hunne regten weer kunnen doen gelden, zoodra het bewijs kan geleverd worden, dat de afwezige op het beslissend tijdstip nog in leven was, artt. 547 en 548. DIEPHUIS, *N. B. R.*, d. V, bl. 610—619; OPZOOMER, *B. W.*, d. II, bl. 520—522.

heeft, volgens de wet, niet bij plaatsvervulling, in zijne plaats kunnen opkomen, ingevolge artt. 889—895. B. v.: A sterft, nalatende B, zijnen vollen neef, en C, eenen anderen vollen neef, doch uit andere ouders gesproten dan B. C is afwezig, doch heeft kinderen achtergelaten. Ten voordeele van die kinderen geeft de wet geen regt van plaatsvervulling, artt. 892, 893; uit eigen hoofde kunnen die kinderen evenmin de nalatenschap van A beuren, want zij worden uitgesloten door B, die den erflater in eenen digteren graad bestaat, art. 905. De nalatenschap van A vervalt dus voor het geheel aan hem, die haar met C zou hebben moeten deelen, dat is aan B. — Het tweede heeft plaats: 1°. indien de afwezige erfgenaam is uit krachte van eenen uitersten wil het zij alleen, het zij met anderen, doch er geen regt van aanwas plaats heeft ten hunnen behoeve; de erfenis vervalt alsdan, òf voor het geheel, òf voor het gedeelte van den afwezige, aan de erfgenamen bij versterf; 2°. wanneer de afwezige de eenige naaste bloedverwant bij versterf van den overledene is, in welk geval de bloedverwant of bloedverwanten in den volgenden graad de nalatenschap bekomen; 3°. wanneer hij met anderen tot eene erfenis bij versterf wordt geroepen, in de gevallen, waarin zijne kinderen hem bij plaatsvervulling kunnen vervangen. B. v.: A sterft, nalatende twee zonen, B en C; C is afwezig, doch heeft achtergelaten éénen zoon, D. De nalatenschap behoort voor de ééne helft aan B en voor de wederhelft aan D, die bij plaatsvervulling opkomt voor zijnen vader, art. 889, en die dus tot die wederhelft zou geregtigd zijn, indien zijn vader overleden was, artt. 893, 899. — De niet zeer duidelijke redactie van artt. 135 en 136 *C. N.* had sommigen, inzonderheid PROUDHON, *Cours de Dr. Fr.*, I, p. 281—285, tot de ongerijmde meening gebragt, dat de kleinzoon, in dat geval, uitgesloten was van de grootvaderlijke nalatenschap, welke meening echter grondig wederlegd is bij DELVINCOURT, I, 264—268. Bij ons kan daaromtrent zelfs geen twijfel meer zijn. — Men moet ten slotte wel in het oog houden, dat allen, die, uit eenigen der voormelde hoofden, eene geheele of gedeeltelijke nalatenschap verkrijgen, altijd gehouden zijn, die aan den afwezige, of aan zijne regthebbenden, die zich binnen

den tijd van verjaring aanmelden, terug te geven, art. 547, 548; en dat zij zich daarom door de regtbank moeten doen in het bezit stellen, die, des noods, openbare oproepingen kan bevelen, en in dat geval, ten behoeve der belanghebbenden, de noodige behoedmiddelen (als boedelbeschrijving, zekerheid, enz.) voorschrijven, art. 546; eene voorzorg, die in art. 590 van het wetboek van 1830, even als in art. 136 *C. N.*, niet voorkomt.

Of een legaat, dat, indien er mede-legatarissen bestaan, die aanspraak kunnen maken op het regt van aanwas, aan deze toekomt, en anders voor vervallen gehouden en tot de nalatenschap terug gebragt wordt. Zie boven *ad* § 329.

Gevolgen der afwezigheid met betrekking tot het huwelijk.

§ **331.** Zie hierover in het algemeen W. J. G. SMALLENBURG, *Diss. cont. quaest. quasd. de dissol. matr. abs. alterutrius conjugis causa*, L. B., 1844. Een al te ver gedreven eerbied voor het huwelijk had in den *C. N.* het beginsel doen opnemen, dat, hoe lang ook één der echtgenooten afwezig, hoe waarschijnlijk en hoe bijna zeker zijn dood ook mogt zijn, echter het huwelijk moest blijven bestaan, en de achtergeblevene geen nieuwen echt mogt sluiten. De vrouw, wie toch meestal zulk een ongeluk treft, werd hierdoor genoodzaakt, door de afwezigheid van eenen man, die òf dood was, òf tot haar had moeten terugkeeren, indien hij haar nog liefde en genegenheid toedroeg, en hoezeer zij inderdaad weduwe was, ten eeuwigen dage buiten huwelijk te leven. De Fransche wetgever zelf had hiervan al het harde en onbillijke gevoeld, en was daarom, bij art. 139, afgeweken van den algemeenen regel bij art. 184 vastgesteld, door te bepalen, dat zulk een nieuw huwelijk alleen zou kunnen worden aangevallen door den afwezige of door zijnen gemagtigde, voorzien van het bewijs van zijn leven. Het is om deze en om dergelijke redenen, dat men, bij de herziening na 1830, tot ons voormalig regt is teruggekeerd, door te bepalen, dat, na tien jaren afwezigheid, de echtgenoot van den afwezige tot een tweede huwelijk zal kunnen overgaan, met vergunning des regters, mits al de formaliteiten en voorzorgen, bij art. 549—551 voorgeschreven, in acht nemende, en dat door

dit tweede huwelijk (niet door de vergunning van den regter), het eerste van regtswege wordt ontbonden, met dat gevolg, dat ook de afwezige echtgenoot tot een tweede huwelijk kan overgaan. Zie VOET, *ad tit. D. de R. N.*, 99; Holl. Wetb. *Nap.*, art. 198, 201; VOORDUIN, II, 442, 443; ASSER, 117—119. Zie ook het ontwerp van 1820, art. 408, 409, 422, 423. Wij hebben voor het overige boven ad § 319 reeds gezien, dat de eerste aanleiding voor de verkorte termijnen, ingevoerd bij de wet van 1855, juist gelegen was in het huwelijk van de achtergebleven vrouwen van zeevarenden. Voor dat bijzonder geval werd, en te regt, die termijn van 10 jaren geoordeeld te lang te zijn, en zoowel schadelijk te zijn voor de achtergelaten vrouwen en kinderen, die daardoor op den duur verstoken bleven van de hulp van een kostwinner en hoofd van het huisgezin, als aanleiding te geven tot onwettige, onzedelijke en ontuchtige zamenwoningen buiten echt.

Buiten het geval, enz. Dat beteekent natuurlijk niet, dat, in geval van kwaadwillige verlating, men tot geen tweede huwelijk kan overgaan; maar het wil alleen zeggen, dat men alsdan van het hier bedoelde middel geen gebruik kan maken, omdat men dit niet behoeft, en omdat de kwaadwillige verlating eene reden van echtscheiding is, art. 264. Zie boven, *ad* § 160. Het artikel beteekent dan ook niet, dat men, in geval van kwaadwillige verlating, na de tien jaren tot dit middel zijne toevlugt nemen kan, indien men dit verkiest. Had de wet dit bedoeld, zij had zich moeten bedienen van het woord onverminderd, niet van buiten. De woorden van het artikel, zoo als het nu geschreven is, gedoogen niet alleen die uitlegging niet, maar het blijkt bovendien uit de beraadslaging, dat men het niet heeft willen toegepast hebben op het geval van kwaadwillige verlating. Anders echter SMALLENBURG, *Diss.*, p. 11—14.

TWEEDE BOEK.

VAN ZAKEN.

TITEL I.

VAN DE ZAKEN EN VAN HARE ONDERSCHEIDING.

(Artt. 555—584. EERSTE GEDEELTE, § 334—348, bl. 107—110.)

Geschriften: ASSER, 232—241; VOORDUIN, III, 299—305; DIEPHUIS, II, 5—42; OPZOOMER, II, 1—15; OPZOOMER, *B. W.*, III, 1—93; DIEPHUIS, *N. B. R.*, I, 418—501; ASSER, *Hdl.*, II, 1—22.

Zaken in het algemeen.

§ **334.** Noch in de Fransche, en hetgeen opmerkelijker is, noch in de Romeinsche wetten, komt eene bepaling van zaken voor. — Eene zaak is in de algemeene dagelijksche beteekenis al hetgeen bestaat, inderdaad of denkbeeldig, de aarde, de lucht, de zee, en al wat dies meer zij daaronder begrepen, de mensch alleen uitgezonderd, en ook deze zelfs niet uitgezonderd in de landen, waar nog de slavernij bestaat: al wat daer is, buyten den mensch, den mensch eenigsints nut zijnde, zegt DE GROOT, *Inl.*, II, 1, 3. — In eenen engeren en regtskundigen zin echter verstaat men onder zaken slechts die goederen (of zaken) en regten, welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn. Wat is dus het onderscheid tusschen goederen en zaken? — Zij verschillen als genus en species; alle goederen zijn zaken, maar alle zaken zijn geene goederen. — Zaken is, gelijk wij gezien hebben, de algemeene benaming van al wat is; goederen zijn alleen die zaken, waarop de mensch het regt van eigendom of eenig ander regt kan uitoefenen; alles, wat een onderwerp van regt

kan uitmaken, heette het in het ontwerp van 1820, art. 896. Wanneer dus ons art. 555 zegt, dat de wet onder zaken verstaat alle goederen, welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn, dan moet men daaruit niet begrijpen, dat er ook nog andere goederen zijn, die het voorwerp van eigendom niet kunnen zijn; maar dan beteekent dit dat goederen volkomen hetzelfde is als zaken; het was daarom misschien juister geweest in art. 555 te zeggen: de wet verstaat door zaken alleen die zaken en regten, enz. Zie voorts over het onderscheid tusschen zaken en goederen (*choses et biens; res et bona*) TOULLIER, II 2, 3.

Regten, b. v. schuldvorderingen, actiën, enz., voor zoo verre men daarop een regt van eigendom hebben kan, zijn ook zaken. — Maar onder zaken verstaat de wet niet die zaken of regten, waarop de menschen geen regt en dus ook niet dat van eigendom kunnen uitoefenen, zoo als de zaken, die niet in den handel zijn, die men niet bezitten (art. 593), en waarvan men nog veel minder eigenaar zijn kan, b. v. de zon, de maan, de zee, enz.; waartoe almede behooren de zaken, waarvan de eigendom aan den staat of aan sommige andere zedelijke ligchamen toebehoort, en die tot aller gebruik dienen, bij de Romeinen *res publicae* genoemd; deze allen zijn dus in den regtskundigen zin geene zaken *a*). Men kan

---

a) Het begrip van zaken wordt door den Schr. der *Handl.*, naar het mij voorkomt, te eng getrokken. Zeer zeker behooren daartoe niet de zon, de maan, de zee enz. Uit haren aard bestaan zij voor iedereen, en nimmer kunnen zij het bestanddeel van iemands vermogen zijn, niemand kan er ooit een regt van eigendom op hebben. Maar daarbuiten vallen niet de zaken, die buiten den handel zijn (art. 593). Zij mogen niet vatbaar zijn voor een bezit, waaraan de wet regtsgevolg toekent, maar voorwerp van eigendom kunnen zij wel zijn. De wet erkent dit uitdrukkelijk in art. 746. Het zijn dus zaken in den zin der wet. Daartoe behooren ook die voorwerpen, die aan den staat of aan eenig ander publiekregtelijk ligchaam, b. v. de gemeente toebehooren en krachtens hunne bestemming voor algemeen gebruik bestemd, daardoor aan de uitsluitende magtsuitoefening van den bijzonderen persoon onttrokken zijn. Art 635 van het ontwerp 1830 bepaalde, dat zij voor bijzondere personen geen voorwerp van bezitregt opleveren, maar zij zijn desniettemin in den zin der wet, zaken, waarvan eigenaar is het publiekregtelijk ligchaam. Zie artt. 577 vlg. en art. 230 der gemeentewet. De in laatstgenoemd artikel genoemde zaken zijn het publiek eigendom der gemeente; het zijn zaken buiten den handel, zoolang niet door een besluit van den raad verklaard is, dat zij niet meer voor de openbare dienst bestemd zijn. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 420—423, en VI, 324—326.

voorts niet op alle goederen dezelfde regten uitoefenen; zoo zijn voor het regt van erfdienstbaarheid, voor dat van opstal, erfpachtsregt en anderen alleen onroerende goederen vatbaar (artt. 721, 758, 767, enz.); maar eigenaar kan men zijn van alle goederen, van alle zaken, die het voorwerp van eenig regt kunnen worden. Daarom spreekt de wet alleen van eigendom, als insluitende alle andere regten, waarvoor iedere bijzondere zaak naar haren aard vatbaar kan zijn. Alles komt dus hierop neder: door zaken verstaat de wet alles wat bestaat, werkelijk of denkbeeldig, ligchamelijk of onligchamelijk, en den mensch eenig nut of eenige aangenaamheid kunnende aanbrengen, voor zoo verre hij daarop eenig regtstreeksch regt kan uitoefenen, en het hem als eigenaar kan toebehooren.

§ **335.** De vruchten behooren tot de zaak zelve, en maken met deze één geheel uit, behoudens de onderscheidingen door de wet vastgesteld.

§ **336.** 2°. Vruchten van nijverheid zou men ook datgene kunnen noemen, wat door handwerk verkregen wordt, waarover in den derden titel gesproken wordt; hier spreekt de wet alleen van die door bebouwing van den grond ontstaan, zoo als de oogst van landerijen.

Zoo lang, enz. Zijn zij éénmaal van de takken geplukt, of uit den grond losgerukt, dan worden zij met der daad afzonderlijke zaken. Hij derhalve, die een stuk land of eenen boomgaard koopt, heeft tevens regt zoowel op al het nog te velde staande gewas als op al de nog onafgeplukte vruchten. Maar hij verkrijgt niets van hetgeen door den grond of door de boomen vroeger is voortgebragt, onverschillig of het nog *in natura* aanwezig of reeds gebruikt zij, hetgeen ook trouwens onmogelijk en ongerijmd zijn zou.

3°. Zoo lang die vruchten niet kunnen worden opgevorderd, kan men daarop geene afzonderlijke regten doen gelden, en kunnen zij op zichzelven niet bestaan. Maar zoodra b. v. de interessen van eene schuldvordering vervallen zijn, heeft de schuldeischer het regt die afzonderlijk, en zonder de hoofdsom, te vorderen (art. 1433), en zij houden dan op met die hoofdsom een geheel uit te maken.

Bijzondere wetsbepalingen. Hoedanige zie b. v. in art. 810 en 1007.

Onderscheiding.

§ **337.** 1°. Ligchamelijke zaken zijn die, welke men met de uiterlijke zintuigen waarnemen, die men aanraken kan, *quae tangi possunt.* Onligchamelijke die, welke men zich alleen denken, die men noch zien noch aanraken kan, *quae tangi non possunt. Tit. I. de rebus corp. et incorp.;* DE GROOT, *Inl.*, II, I, 10 en 14. — Deze onderscheiding wordt in den *C. N.* niet aangetroffen, omdat zij in het algemeen, wat de gevolgen in regten betreft, tusschen beide soorten van zaken geen onderscheid maakt; maar ook de onligchamelijke zaken, het zij onder de roerende, het zij onder de onroerende rangschikt. Artt. 516, 526, 529 *C. N.;* LOCRÉ, IV, 39; TOULLIER, II, 6—9. Zie echter ook DELVINCOURT, II, 285—306. — Ofschoon nu ook het laatste bij ons geschied zij (artt. 564, 567), zoo heeft men echter in de wet uitdrukkelijk deze onderscheiding opgenomen, omdat er, wat de overdragt der zaken betreft, wel degelijk onderscheid wordt gemaakt tusschen ligchamelijke en onligchamelijke zaken (artt. 667—671, 1569—1576).

Roerende goederen.

§ **338.** Kunnen verplaatsen, of die verplaatst kunnen worden *a*).

---

a) In ieder geval is deze definitie onvolledig. Teregt vorderde art. 911 ontwerp 1820, dat de verplaatsing kan geschieden behoudens de zelfstandigheid der zaak, d. i. zonder dat zij in vorm of wezen verandert. Immers zonder dit vereischte is alles behalve de grond roerend, zelfs een huis. Maar ook dan nog is de definitie niet juist, wanneer men let op hetgeen de wet als roerend en als onroerend beschouwt. Een buis of goot toch is, zelfs zonder verandering in vorm of wezen, zeer wel verplaatsbaar; ook vruchten die aan den boom hangen, en die juist bestemd zijn om met behoud van hare zelfstandigheid geplukt te worden, zijn dit. Toch beschouwt art. 562 ze als onroerend. Daarentegen zijn tenten, kramen, enz. niet wel verplaatsbaar, zonder uit elkander genomen te worden; toch zijn zij als roerend te beschouwen. Het is dan ook meer in overeenstemming met de bepalingen onzer wet omtrent hetgeen onroerend en hetgeen roerend is, als algemeen kenmerk aan te nemen, dat onroerend is alles wat tot den grond behoort en daaraan middellijk of onmiddel-

§ **339.** 1°. Men ziet uit de hier opgenoemde zaken, en uit die bij § 343 vermeld, dat alle onligchamelijke zaken, die een onroerend goed tot onderwerp hebben, tot de onroerende, die daarentegen, welke op roerende goederen betrekking hebben, tot de roerende goederen gebragt worden.

3°. Vorderingen. Dat is de toepassing van den Romeinschen regtsregel: *is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur. L.* 15 *D. R. J.*

4°. 5°. 6°. Al deze aandeelen, obligatiën, enz. strekken tot het verkrijgen van roerende zaken, van geld namelijk.

Onroerende goederen.

§ **341.** Alles wat aan een erf of gebouw aard- of nagelvast is enz. *a*).

Onafgeplukte boomvruchten. Dat is een natuurlijk gevolg van de bepaling van art. 556, volgens welke de natuurlijke vruchten, zoo lang zij met de zaak vereenigd zijn, daarvan een gedeelte uitmaken. — De hooge raad heeft, op grond hiervan, en omdat de vruchten slechts zoolang een deel van de onroerende zaken zijn, als zij daarmede vereenigd zijn, een en andermaal beslist, dat verkoop van hakhout om binnen zekeren tijd te hakken of van veen om binnen zekeren tijd te vergraven, moet worden gehouden voor verkoop van roerende zaken. — Zie arrest van 14 April 1851, van den Honert, *Strafr.*, 1851, I, 355—360; van 15 April 1864, van den Honert, Afd. *Zegel en Registratie*, V, 152—164, en van 4 November 1870, *Weekbl.* n°. 3265 *b*).

§ **342.** De eigenaar wordt geacht dit gedaan te hebben, wanneer zij aan het onroerend goed zijn vastgehecht door aard-,

---

lijk vast is, roerend wat niet aan den grond verbonden is. Dit laatste kan intusschen in sommige gevallen als hulpzaak bij een onroerend goed behooren of wel daartoe in eene bepaalde betrekking staan, in welk geval de wet het dan om die bestemming als onroerend beschouwt. Art. 562, 563. Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., 459—471; Opzoomer, t. a. p., 33—61.

a) Deze zaken zijn onroerend door den toestand waarin zij gebragt zijn, door hare verbinding met eene onroerende zaak.

b) Dat niet de verkoop tot afscheiding, maar eerst de afscheiding zelve, het hakhout en het bovenveen tot roerende zaken maakt, leert Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p. 465—469.

timmer- of metselwerk, of wanneer zij daarvan niet kunnen worden losgemaakt, zonder het zij die voorwerpen, het zij het gedeelte van het onroerend goed, waaraan zij zijn vastgehecht, te breken of te beschadigen. Zoo is een standbeeld op zich zelven, al is het in eene nis geplaatst, eene roerende zaak; doch wanneer het in de nis gemetseld is, of wanneer deze bepaaldelijk daartoe is ingerigt, om er het standbeeld in te plaatsen, wordt het onroerend door de bestemming van den eigenaar *a*). Zoo zijn ook onroerend werktuigen en gereedschappen van eene fabrijk of trafijk, omdat deze zonder die werktuigen en gereedschappen aan hare bestemming niet voldoen kan, en als zoodanig ophoudt eenige waarde te hebben; doch hetzelfde geldt niet meer, zoo als volgens art. 524 *C. N.*, voor de beesten en bouwgereedschappen van landerijen, die, afgescheiden van die beesten en gereedschappen, zoowel als ook deze laatste afzonderlijk, hare waarde hebben.

§ **343.** 1°. Het regt van bewoning is daaronder ook begrepen; het was echter niet noodig het hier op te noemen, omdat alleen onroerende zaken kunnen bewoond worden. Art. 873.

Van zaken, met betrekking tot hare bezitters.

§ **344.** 1°. *Res nullius:* in het Fransche regt waren die niet bekend, omdat het alle zaken, zonder onderscheid, die geenen meester hadden, aan den staat als eigendom toekende, art. 539 *C. N.*

§ **345.** 1°. Roerende zaken, daarentegen, die geenen eigenaar hebben, behooren evenmin aan den staat als aan iemand anders, en te haren opzigte geldt dus ook bij ons, even als bij de Romeinen (§ 12 *I. de R. D.*), de regel: *res nullius cedit primo occupanti.* Art. 640. Zie beneden, *ad* § 384.

3°. Èn in art. 538 *C. N.*, èn in art. 620 van het wetboek van 1830 werden daaronder ook gebragt de aanwassen, gorsingen en schorren, door de zee aan de stranden en aan de oevers der rivieren, alwaar ebbe en vloed gaat, aangespoeld. Bij de laatste herziening echter is dit veranderd, omdat het zeer dikwijls gebeurt, dat de landerijen aan den oever van rivieren gelegen aan

---

a) Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 448.

particulieren behooren, en het ook billijk is, dat die aanwassen te hunnen voordeele komen; zij zijn derhalve thans aan het gemeene regt (art 652) onderworpen, en komen dus ten voordeele òf van den staat *a*), òf van gemeenschappen, òf van bijzondere personen, J. J. DELBAERE, *Diss. de bonis pub. eorumq. adm.*, L. B. 1834, p. 45—48; *Regtsg. Bijdr.*, IX, 204. — Dat men er echter aan gedacht zoude hebben, dat ook de aanwassen der zee zouden kunnen behooren aan particulieren, is meer dan onwaarschijnlijk.

Onverminderd, enz. — Welke zijn die regten? Dat de zaken behoorende tot het openbaar staats-domein, bestemd voor het gebruik van allen, onvervreemdbaar en onverhandelbaar zijn, en dat particulieren daarop geene erfdienstbaarheid of andere burgerlijke regten kunnen hebben, spreekt van zelven; en dat derhalve zulke regten b. v. op openbare straten en wegen, op bevaarbare en vlotbare rivieren ondenkbaar zijn, evenzeer. De schrijvers hebben zich dan ook veel moeite gegeven, om voor deze woorden eene gezonde beteekenis te vinden, en zij hebben daartoe zeer uiteenloopende wegen ingeslagen. Zie b. v. *Themis*, 1848, bl. 180, 181; OLIVIER, *Pr. over de beperking van den eigendom van het pol.-regt*, enz. Sommigen verstaan het zoo, dat geen bijzonder eigendom kan worden bestemd tot staats-domein, ten koste van de regten van den eigenaar; anderen zeggen, dat alleen moeten geëerbiedigd worden die regten van particulieren, die bestonden vóór dat de zaak tot openbaar gebruik bestemd is; anderen weder leeren, dat bij die woorden alleen moet worden gedacht aan regten verkregen vóór de invoering van het B. W. van 1838 *b*). — Er mag, als men alleen let op de overigens niet zeer duidelijke woorden van art. 577 voor alle die verklaringen iets te zeggen zijn, juist zijn zij geen van allen. De waarheid is deze: er moet onderscheid gemaakt worden tusschen de zaken, die de staat bezit *jure publico*, zoo als b. v. de rivieren en stroomen;

---

a) In welk geval zij niet tot het publiek, maar tot het privaat eigendom van den Staat behooren.

b) Deze leer schijnt de hooge raad te hebben gehuldigd bij zijn arrest van 13 Dec. 1880, *W.* n°. 4594.

daarop zijn geene regten van particulieren denkbaar; en die welke hij bezit *jure privato*, zoo als b. v. de eilanden en platen; dat deze het onderwerp kunnen zijn van bijzonder bezit en eigendom, al zijn zij gelegen in de bevaarbare en vlotbare rivieren, blijkt b. v. uit art. 644. De *C. N.* had dit onderscheid zeer naauwkeurig in het oog gehouden. Daar wordt over de eerste, genoemd *dépendances du domaine public*, gesproken in art. 538; over de tweede daarentegen werd in art. 560 eenvoudig gezegd *qu'ils appartiennent à l'état*; en in het laatste artikel alleen, niet in het eerste vond men de woorden: *s'il n'y a titre ou présomption contraire.* In Frankrijk heeft de zaak dan ook nooit aanleiding gegeven tot moeijelijkheid. Bij ons is daarentegen de verwarring juist daaruit ontstaan, dat men de beide zaken te gelijk heeft behandeld in art. 577, en daarin dus ook heeft opgenomen de uitzondering ten behoeve van regten door particulieren verkregen. Dat men daardoor echter van de beginselen van het Fransche regt heeft willen afwijken, dat men daardoor een onderscheid heeft willen opheffen, dat geheel gelegen is in den verschillenden aard der zaken, en dat men daardoor o. a. de mogelijkheid heeft willen scheppen, om b. v. eene bevaarbare rivier, Rijn of Maas, geheel of gedeeltelijk als bijzonderen eigendom aan particulieren te verkoopen, blijkt nergens uit en is ook niet aannemelijk *a*). Die slotwoorden derhalve van het artikel over de regten van particulieren kunnen alleen zien, en zien ook alleen op de zaken, waarvan de staat eigenaar is *jure privato*, en die in de laatste plaats genoemd zijn: de groote en kleine eilanden en de platen. — Verg. arresten van den hoogen raad van 29 Junij 1871, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXVI, 144—166 *b*). Zie ook *Weekbl.* n°. 3404. — De vraag of eene zaak behoort tot het publiek- of privaat-staats-domein eindelijk, moet worden beslist

a) Dat zaken ter openbare dienst bestemd, een voorwerp kunnen zijn van privaten eigendom, is echter meermalen door den regter beslist. Zoo kan b. v. een weg publiek zijn en de ondergrond daarvan bijzonder eigendom. Op dien ondergrond rust dan het *onus publicum* van voor het publiek begaanbaar te zijn. Zie LÉON *Regtspr.*, uitgave van ASSER, en 2e suppl., art. 577, aant. 7 en 8.

b) En van 19 Mei 1876, *W.* n°. 3981. Vgl ook GOUDSMIT, *Pand*, I, § 46, bl. 100 vlg.

naar de wet van het oogenblik. Dit volgt uit het beginsel aangenomen bij art. 7 Alg. Bep. Zie arrest van den hoogen raad van 27 October 1864, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXIX, 56—72.

4°. 5°. Over de beteekenis van de verschillende benamingen van militaire en vestingwerken, in de artt. 579—581 voorkomende, zie *Themis*, II, 1850, bl. 208—212.

§ **346**, **347**. Alle zaken derhalve, die noch aan den staat, noch aan een zedelijk ligchaam, noch tot de *res nullius* behooren, zijn toebehoorende aan bijzondere personen, ofschoon de eigendom daarvan worde bezeten door twee of meer personen.

Zakelijke regten.

§ **348**. Wat een zakelijk regt is, zie den inhoud van het tweede boek, eerste gedeelte, bl. 106, waar wij, bl. 107, ook reeds gezien hebben, dat in art. 584 niet alle zakelijke regten vermeld worden. Opmerkelijk is het nog, dat men bij ASSER wel in de Inleiding, bl. II, doch niet bij de behandeling van de artikelen, bl. 240, 241, de regten van opstal, erfpachtsregt, grondrenten, tienden en privilegie daaronder genoemd vindt, en dat deze onnaauwkeurigheid nergens in de beraadslaging is opgemerkt geworden. Zie VOORDUIN, 445. Dat er meer zakelijke regten bestaan dan die art. 584 vermeldt, is ook beslist bij een arrest van den hoogen raad van 2 November 1855, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XX, 52 *a*).

3°. Volgens sommige schrijvers is het regt van erfgenaamschap geen afzonderlijk zakelijk, doch slechts een onderdeel van het eigendoms-regt. Zeker is het waar, dat het niet te gelijkertijd kan zijn een *jus in re*, zooals het in art. 584, en een *modus acquirendi dominium*, zoo als het in art. 639 genoemd wordt. Beiden zijn zeer verschillende zaken. Te regt wordt op deze onnaauwkeurigheid opmerkzaam gemaakt in *Krit. Zeitschr. für Rechtsw. und Gesetzgeb. des Ausl.*, XII, 217, 218.

12°. Ook het regt van beklemming wordt in art. 584 niet onder de zakelijke regten opgenoemd; doch zie beneden, *ad* § 952.

---

a) Ook bij arr. v. 30 Jan. 1880, *W.* n°. 4473.

TITEL II.

VAN BEZIT EN VAN DE REGTEN DIE DAARUIT VOORTVLOEIJEN.

(Artt. 585—624. EERSTE GEDEELTE, § 349—373, bl. 111—115.)

Geschriften: ASSER, 241—246; VOORDUIN, III, 346—379; DIEPHUIS, III, 43—113; OPZOOMER, II, 15—60; OPZOOMER, *B. W.*, III, 97—193; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VI, 302—428; ASSER, *Hdl.*, II, 24—53, *Regtsg. Bijdr.*, III, 118—142; MITTERMAIER *und* ZACHARIA, *Krit. Zeitschr. für Rechtsw. und Gesetzg. des Ausl.* XII, 218—223; F. B. CONINCK LIEFSTING, *Alg. Begins. van het bezitrecht en de Ned. bezit-actien; N. Bijdr. v. Regtsg. en Wetg.*, 1875, 559—587; E. G. P. GERTSEN, *Diss. de jur. poss. sec. Cod. Civ. regn. Belg.* L. B. 1830; L. H. BUSE, *Annot. ad Cod. Civ. Belg. lib.* II, *tit.* II, *sectiones duas priores*, L. B. 1843; J. G. A. FABER, *Diss. cont. annot. in Cod. Civ. Belg.*, *libr.* II, *tit.* II; L. B. 1845; H. L. DRUCKER, *Bezitsverkrijging en bezitsverlies*, Leiden, 1879.

In den *C. N.* komt geen afzonderlijke titel over het bezit voor. Alleen wordt daarover gehandeld in den titel van verjaring, artt. 2228—2235, en komt het dus dáár uitsluitend voor als een middel om te komen tot de verjaring, of *usucapio* (de *possessio ad usucapionem*, niet de *possessio ad interdicta*), hoezeer het bezit, ook naar den *Code*, in regten andere niet minder gewigtige gevolgen te weeg bragt, B. J. DE KOK, *Diss. de poss. et jurib. ex poss. oriund.*, *jur. Fr.*, L. B. 1835. — De nieuwe titel mag dus als eene wezenlijke verbetering in onze wetgeving aangemerkt worden; inzonderheid na de veranderingen, die hij bij de laatste herziening heeft ondergaan, VOORDUIJN, 347; *Regtsg. Bijdr.*, IX, 204, 205. In het wetboek van 1830 had de titel tot opschrift: *van bezitregt*, waardoor in den geheelen titel groote verwarring heerschte tusschen twee zeer verschillende zaken, het bezit namelijk, als de bloot feitelijke toestand, en het bezit-

regt, of de uit dien toestand voortvloeijende regten. Deze verwarring is bij de nieuwe redactie, èn in het opschrift èn in de afzonderlijke bepalingen, zorgvuldig vermeden *a*).

Aard van het bezit.

§ **349.** Wanneer men het woord bezit in zijne ruimste beteekenis neemt, dan wordt daardoor eenvoudig aangeduid het onder zich houden van eene zaak (*nuda rei detentio*), hetgeen in de Romeinsche regtsgeleerdheid *possessio naturalis* genoemd werd. *L.* 1 *Pr.*, § 1 *D. de acq. vel am. poss.*, *l.* 9 *D. de R. J.* Zie ook ontwerp van 1820, artt. 1103, 1105. Hier echter wordt alleen gehandeld over de *possessio civilis*, die meer, en, behalve het feitelijk bezit, ook nog vordert den wil, om de zaak als zijn eigendom onder zich te houden, als of zij hem toebehoorde, of, zoo als dit beter uitgedrukt wordt in art. 594, met het oogmerk om dezelve (haar) voor zich te behouden *b*). Zie verder beneden, *ad* § 354. Dadelijke behouding van een zaak, met wille om die te behouden voor ons ende niet voor een ander, heet het bij DE GROOT, *Inl.*, II, 2, 2. Het ontwerp van 1820 behandelde afzonderlijk, artt. 1106—1140, het natuurlijk, en artt. 1141—1179, het burgerlijk bezit. — Alle zaken, uitgezonderd alleen die, welke niet in den handel zijn, en niet-voortdurende of niet-zigtbare erfdienstbaarheden (art. 593), kunnen een voorwerp van bezit uitmaken *c*), dus onligchamelijke, zoowel als ligchamelijke; want, hoewel de wet het eerste niet uitdrukkelijk zegt, zoo blijkt

---

a) Deze titel heeft ook hoogst ongunstige oordeelvellingen uitgelokt. Zie de literatuur aangehaald door DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 310 noot 2. Ook aan verdedigers heeft het intusschen niet ontbroken. Zie o. a. CONINCK LIEFSTING, t. a. p., 570—575.

b) Beter schijnt die laatste uitdrukking niet. Dat oogmerk, dat voornemen voor de toekomst is onverschillig. Ook de dief die een zaak steelt met het doel haar zoo spoedig mogelijk te verkoopen, verkrijgt het bezit. Waar het op aankomt, is dat men de zaak bezit als de zijne, alsof men daarvan eigenaar was. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 318—320.

c) Zie beneden § 353, 2°. in de noot.

dit echter uit art. 603, waar geleerd wordt, hoe het bezit van onligchamelijke zaken verloren gaat. Houden slaat dus hier op ligchamelijke, genieten op onligchamelijke zaken, even als *détention* en *jouissance* in art. 2228 *C. N.* DE KOK, aang. *Diss.*, 4. Onligchamelijke zaken toch zijn voor geen feitelijk (ligchamelijk) bezit vatbaar, maar kunnen niet anders dan door genot of gebruik bezeten worden; van daar de oude verdeeling van *vera* en *quasi-possessio. L.* 3 *Pr. D. de acq. vel am. poss.; Pr. I. de Interd. L.* 10 *D. de serv. vind.*, *l.* 18, § 1 *D. de pet. hered.* — Men kan eindelijk bezitten het zij door zich zelven, het zij door een ander, b v. door een huurder, vruchtgebruiker. enz. Zie verder beneden, ad § 354 en 355.

ULPIANUS leerde reeds in *l.* 12, § 1 *D. de acq. vel. am. poss.: nihil commune proprietas habet cum possessione.* En inderdaad, men gevoelt het groote verschil dat tusschen beiden bestaat; het bezit is oorspronkelijk niets anders dan de bloote daad van het onder zich houden eener zaak, ook van die van een ander; eigendom, daarentegen, is het regt om het genot te hebben eener zaak niet alleen, maar zelfs om daarover op de volstrektste wijze te beschikken, art. 625, en zulk een regt kan men alleen op zijne eigen zaak hebben. (*Proprietas juris, possessio facti est.*) — Men lette echter wel, dat aan het bezit, ofschoon in beginsel bloot feitelijk zijnde, niettemin in de gevolgen regten verbonden zijn, zoo als die in de artt. 604—624 beschreven worden. Hierover verdient vooral gelezen te worden VON SAVIGNY, *das Recht des Besitzes*, § 5, s. 24—30.

De uitleggers van het Romeinsche regt hebben, gelijk bekend is, veel getwist over de vraag, of het bezit al dan niet onder de *jura in re* behoorde gerangschikt te worden, en uitvoerig wordt hierover gehandeld bij VON SAVIGNY, t. a. p., § 6, bl. 31—58. Vergelijk ook GOUDSMIT, *Open brief aan* OPZOOMER, Leiden, 1868. Bij ons kan dit, immers als men *de jure constituto* spreekt, geene vraag meer zijn, nadat art. 584 het bezit onder de zakelijke regten heeft opgenomen. Zie voorts over de vraag, in hoe verre het bezit, naar algemeene regtsbeginselen, al dan niet als een regt te beschouwen zij, *Themis*, 1839, bl. 353—365.

§ **350.** Uit deze onderscheiding blijkt vooral duidelijk, dat het niet de meening is, dat men eigenaar eener zaak is, maar alleen de wil om die voor zich te behouden, die het bezit daarstelt.

§ **351.** Dit is de toepassing van den regel: *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, waarover zie VON SAVIGNY, t. a. p., bladz. 79 volgg.; SMALLENBURG, *ad l.* 2, § 1 *D. pro herede: responsum est neque colonum neque eum apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse*, en E. B. DE WEERT, *Diss.*, *cont. quaest. sel. de locis jur. contr.*, *a Gaj. in comment. Inst. laud.*, L. B. 1835, en tevens het gevolg van de bepaling van art. 591, dat hij, die heeft aangevangen voor een ander te bezitten, verondersteld wordt dit bezit onder denzelfden titel voort te zetten, indien niet het tegendeel bewezen is. — De reden hiervan is, omdat het anders aan elken bezitter eener zaak zou vrijstaan, door zijne oorzaak van bezit te veranderen, zich door verjaring meester te maken van de door hem bezeten wordende zaak. Zoo bezit b. v. de vruchtgebruiker niet voor zich, maar voor den eigenaar. En al duurt dat vruchtgebruik nu ook nog zoo lang, en al komt nu ook de vruchtgebruiker op het denkbeeld om de zaak voor zich te behouden, zal hem dit niet baten, en hij zal nimmer door deze eigendunkelijke daad eenig regt van bezit verkrijgen. Iets anders is het, als hij erfgenaam wordt van den eigenaar; dan treedt hij in al diens regten, en al mogt het nu ook blijken, dat deze eigenlijk geen eigenaar, maar slechts bezitter der zaak geweest is, dan gaat dit bezit op hem als erfgenaam over, met al zijne hoedanigheden en gebreken, art. 597.

Voorwerpen, die voor bezit vatbaar zijn.

§ **353.** 1°. Welke zaken zijn niet in den handel? — Men kan die met PAULUS in de *l.* 34, § 1 *D. de contr. emt.*, onderscheiden in die, welke uit hare natuur, en die welke, volgens de wet, daar buiten zijn. Tot de eerste soort behooren de lucht, de zon, enz. *a*). Moeijelijker is het, om bij eenen algemeenen regel te

---

a) Deze zijn naar ons regt, niet als zaken te beschouwen. Zie boven § 334.

bepalen, welke tot de tweede soort behooren. Sommige leden der staten-generaal hadden dit wel verlangd, maar de regering hield het, en te regt, voor onmogelijk, dit *a priori* vast te stellen, en de regter behoort dit dus naar de omstandigheden te beoordeelen. Men kan daartoe in het algemeen brengen al zulke zaken, die tot openbaar nut verstrekken, als daar zijn havens, rivieren enz., zoo ook de vestingwerken en dergelijken, zoo lang die landseigendom zijn; voorts de openbare straten, grachten, pleinen enz. Zie art. 230 Gemw. De vraag, in hoe verre daartoe ook behooren kerkgebouwen, kerkhoven, en andere zoogenaamde heilige zaken, vindt men geschiedkundig onderzocht in eene merkwaardige verhandeling, voorkomende in *Themis*, 1859, bl. 94—124. Ook zijn sommige onligchamelijke zaken buiten den handel, zoo als b. v. de posten, die door of van wege de regering begeven worden, het regt van de munt, dat om belastingen uit te schrijven, en in het algemeen al die regten, die de koning als zoodanig uitoefent, zoo als die in art. 53—70 der Grondwet beschreven worden *a*).

2°. Eene erfdienstbaarheid, als onligchamelijke zaak, kan alleen door een voortdurend en aanhoudend gebruik bezeten worden. Is nu de erfdienstbaarheid niet voortdurend, dan is dit onmogelijk; is zij onzigtbaar, dan kan van dat voortdurend bezit niet blijken *b*).

Hoe het bezit verkregen, behouden en verloren wordt.

§ **354.** Tot bezit wordt derhalve vereischt: 1°. de daad van het in zijne magt nemen eener zaak. Niet echter iedere voorbijgaande handeling, die onmiddellijk door eene andere handeling

---

a) Zie ASSER, *Hdl.*, II, 14—16.

b) Die gronden acht ik weinig afdoend. Niet op het voortdurende en het aanhoudende van het gebruik komt het aan, maar op de *mogelijkheid* van het gebruik, en deze bestaat zoowel ten opzigte van niet voortdurende als van voortdurende erfdienstbaarheden. Dat de erfdienstbaarheid onzigtbaar is, moge het bewijs van het bezit daarvan bemoeijelijken, maar de mogelijkheid dat het bestaan van dat bezit worde bewezen, wordt daardoor niet *per se* uitgesloten. Intusschen wat daarvan zij, nu de wet bepaald heeft dat zij geen voorwerp van bezit opleveren, zal men aan zoodanig bezit, ook waar het geacht moet worden aanwezig te zijn, in geen geval de regtsgevolgen mogen toekennen, die de wet aan het bezit verbindt, artt. 610, 746.

der tegenpartij wordt te niet gedaan, zoodat men niet zeggen kan daardoor de zaak onder zijne magt te hebben gebragt, is genoeg om het bezit te vestigen; zie arrest van den hoogen raad van 21 Januarij 1859, VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXIII, 37—48. Uit deze bepaling volgt verder dat in het algemeen ook bij ons waar is de regel: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt. — Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris. L.* 3, § 5 *D. de acq. vel am. poss.* De natuurlijke *detentie* toch eener zaak kan slechts bij éénen te gelijk zijn; en evenmin kan het bezit derzelfde zaak *in solidum* aan twee gegeven worden *fictione legis*, omdat de fictie wel eene bestaanbare zaak, maar niet eene onbestaanbare kan nabootsen, en dezelfde zaak kan op hetzelfde oogenblik maar éénen meester hebben voor het geheel, *Themis*, 1855, bl. 307. Zie voorts deze leer uitvoeriger ontwikkeld bij VON SAVIGNY, t. a. p., § 11, bl. 178—205. Met dat bezit echter derzelfde zaak *in solidum* moet niet verward worden het bezit *pro indiviso* door meer personen van dezelfde zaak, dat zeer bestaanbaar is. Ieder bezitter bezit, in dat geval, de geheele zaak, doch slechts voor een onverdeeld aandeel, met dat gevolg, dat hij niet heeft de uitsluitende heerschappij over de zaak, uit welker genot hij wel alle anderen maar niet zijn medebezitter weren kan: *servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus sed pro partibus utique indivisis, ut* INTELLECTU *magis partes habeant quam corpore; — communis servus etiamsi ab uno ex dominis omnium nomine possideatur, ab omnibus possidere intelligitur.* L. 5, *D. de stip serv.*, *l.* 42, *eod. de acq. vel am. poss. a*). En dat dit alles ook bepaald waar is en waar moet zijn naar onze wet, blijkt: 1°. uit de bepaling van art. 597, die het bezit *pro indiviso* tot onderwerp heeft, en 2°. uit de menigvuldige bepalingen handelende over

---

a) Dat de medebezitter *pro indiviso*, die door den anderen medebezitter in zijn bezit is gestoord, tegen dezen de regtsvordering tot handhaving in het bezit kan instellen, besliste de hooge raad bij een arrest van 28 April 1876, *W.* n°. 3991.

eigendom *pro indiviso*, dat echter zonder gelijk bezit niet denkbaar is. Zie meer *Regtsg. Adv.*, I, bl. 56—60 *a*). Tot het verkrijgen van het bezit wordt nog vereischt: 2°. het oogmerk om de zaak voor zich te behouden, dat is om haar in eigendom te verkrijgen. De vruchtgebruiker derhalve, de leener, de huurder, de pachter, die dat oogmerk niet hebben, verkrijgen geen bezit, ofschoon zij oogenblikkelijk in het genot der zaak zijn; *sunt quidem in possessione, sed non possident.* Het bezit blijft bij hem, van wien zij de zaak in vruchtgebruik enz. ontvangen hebben, die het door den enkelen wil behoudt, art. 596, 598.

§ 355. Uit het aangeteekende op de vorige paragraaf volgt, dat de bevoegdheid om bezit te verkrijgen niet afhankelijk is van de wettelijke bekwaamheid om eenig regt uit te oefenen, maar dat allen, die hun verstand magtig zijn, en mitsdien eenen wil kunnen hebben, bezitten kunnen. Hieruit volgt dat zinneloozen niet door zich-zelven, doch wel door hunnen curator, bezit kunnen verkrijgen, art. 595, en dat minderjarigen en getrouwde vrouwen daartoe wel bekwaam zijn. Maar kan b. v. een kind van drie of vier jaren ook bezit verkrijgen door zich zelven? — Men zou dit misschien kunnen beweren naar de doode letter van het artikel, dat van minderjarigen in het algemeen spreekt, en zinneloozen alleen uitsluit, te meer nog, omdat de woorden: die zijne zinnen magtig is, voorkomende in art. 637 van het wetboek van 1830, thans zijn weggelaten, en omdat een kind, welks verstand nog niet ontwikkeld is, zeer zeker niet kan gezegd worden zinneloos te zijn. — Zoodanig kan echter niet de bedoeling van de wet geweest zijn; omdat zulk een kind wel bekwaam is tot de daad van het in bezit nemen, maar geenszins het voornemen kan hebben om zich de zaak toe te eigenen als eigenaar. Men moet dus de onderscheiding der Romeinsche wetten (*l.* 1, § 3, *l.* 32 § 2 *D. de acq. vel am. poss.*), volgens welke een kind, dat nog niet zijn verstand ten volle magtig is, niet zonder bijstand van zijnen voogd het bezit kan verkrijgen, ook bij ons nog in acht nemen, en de regter moet deze vraag, in ieder bijzonder

---

a) Zie ook een arrest van den hoogen raad van 28 April 1876, *W.* n°. 3991.

geval, naar de omstandigheden beslissen. Merkwaardig vooral is, wat in de aang. l. 1 geleerd wordt: *etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum, ajunt; eam enim rem facti, non juris esse; quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint,* UT INTELLECTUM CAPIANT. Kunnen vrouwen en minderjarigen het bezit ook aan anderen overdragen? Neen; 1°. door het verkrijgen van het bezit, verbeteren zij hunnen toestand; door het vervreemden daarvan, verslimmeren zij dien; 2°. het eerste is een bloot feit, het tweede is de uitoefening van een regt.

§ 356. Of door een ander, enz. Men verkrijgt alsdan het bezit, zelfs vóór dat men nog van het in bezit nemen kennis draagt, en art. 596 is zoo algemeen, dat het niet noodig schijnt te zijn, dat men lasthebber zij, om voor een ander bezit te verkrijgen.

De Romeinen begrepen dit ook in zeer ruimen zin, ofschoon bij hen het beginsel voornamelijk zijne toepassing vond op slaven, en op hen, die in de vaderlijke magt waren. *L.* I, § 2, 5, 6, 7, 20 *D. de acq. vel am. poss.* Zij pasten daarentegen den regel van *l.* 3, § 1 *D. eod.: possessionem animo et corpore simul acquiri*, zoo streng toe, dat, volgens hun regt, het bezit van den overledene niet overging op zijne erfgenamen, vóórdat deze de goederen zelve bezaten. *L.* 23 *Pr. D. eod.*, VON SAVIGNY, t. a. p. bl. 376—378. — Bij ons is men daarvan afgeweken, en heeft men het algemeen beginsel: *le mort saisit le vif* (waarover zie beneden, *ad* § 517), ook op bezit van toepassing gemaakt in art. 597. De erfgenamen treden van regtswege in het bezit van alles wat door den overledene bezeten werd; doch zóó dat zij diens plaats geheel innemen, en dus diens bezit vervolgen, met alle hoedanigheden en gebreken van hetzelve. Bezat de overledene dus te kwader trouw, den erfgenamen zal hunne goede trouw niet baten; zij blijven bezitters ter kwader trouw; en omgekeerd schaadt hun hunne eigen kwade trouw niet, indien de overledene ter goeder trouw bezeten heeft.

§ 357. Wanneer het bezit éénmaal wettig verkregen is, dan is de wil alleen genoegzaam om het te behouden: *animo quoque*

solo retineri possessionem placet, § 5 *I. de interd.* — Men behoudt het dus tot dat het aan een ander is overgegaan of kennelijk verlaten, art. 599, 600. Geeft men de zaak aan een ander in leen of in bewaring, dan bezit deze slechts voor ons. Zie boven, ad § 356.

§ **358.** II. Kennelijk, dat is dus zoo, dat het blijkbaar geschiedt met het doel om de zaak niet langer te behouden; want ook tot het verliezen van het bezit moet de daad en de wil te zamen gaan: *quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest; ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum. L.* 8 *D. eod.*, 153 *D. de R. J. a*). Zoo blijft men b. v. in het bezit van een buitenverblijf, dat men tegen den winter verlaat, al blijft daar ook niemand in, ja zelfs al heeft men het gedurende een geheel jaar niet betrokken. — In art. 642 van het wetboek van 1830 stond zeer onjuist eenvoudiglijk, hetgeen volstrekt dat denkbeeld niet uitdrukte.

III. *a.* 1°. Zoodra een ander zich van onze zaak meester maakt, met het voornemen, om die voor zich te behouden, verliezen wij het bezit daarvan, onverschillig of dit door geweld, bedrog, of door andere onwettige middelen geschied zij; de nieuwe bezitter verkrijgt het bezit, dat bloot *facti* is. *Nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus. L.* 3, § 9, *D. de acq. vel am. poss.* Dit is dus slechts een gevolg van den regel: *plures eandem rem in solidum possidere non posse*, en van het gezegde boven, *ad* § 354. — Maar het artikel vordert nog daarenboven, dat de andere gedurende een jaar het rustig genot der zaak gehad hebbe; en dit is zeker moeijelijk met den bovenstaanden regel overeen te brengen. Naar de eerste regtsbeginselen toch, en naar den duidelijken inhoud van art. 594, is het niet twijfelachtig, dat hij, die zich in het bezit der zaak stelt, al ware het dan ook door geweld, daarvan, zoodra hij die in zijne magt heeft, dadelijk het bezit verkrijgt, en zich daarin door middel der possessoire actie hand-

a) Zie Opzoomer, t. a. p., ad art. 599.

haven kan (zie beneden *ad* § 362), en wanneer nu niettemin de oude bezitter dat nog gedurende een jaar behoudt, dan is het bezit bij twee gelijk. Wat dan? — Men kan de zwarigheid misschien op deze wijze oplossen. De nieuwe bezitter, ofschoon dan ook te kwader trouw, verkrijgt dadelijk het bezit, en de regten hem in art. 605 toegekend. De oude bezitter verliest wel het bezit, maar niet het bezitregt. Hij kan daarom gedurende een jaar de regtsvordering tot handhaving instellen, met dat gevolg, dat hij in zijn bezit moet hersteld worden, artt. 606, 614. Gedurende dien tijd blijft de verjaring te zijnen voordeele loopen. Hij wordt dus, met betrekking tot deze, geacht altijd in het bezit te zijn gebleven, omdat hij niet gedurende meer dan een jaar van het genot der zaak is beroofd geweest, art. 2015; maar hij verliest middelerwijl de overige regten bij art. 604 aan bezitters te goeder trouw toegekend. Op deze wijze althans heeft men, en zeker nog het best, getracht de moeijelijkheid op te lossen. Te ontkennen echter is het niet, dat zij niet in alle opzigten bevredigend is, en dat eigenlijk niet alle antinomie is weg te redeneren tusschen dit artikel en de artt. 594 en 598, inzonderheid ook, omdat bezit-regt is een uitvloeisel en gevolg van bezit, en zich zonder dat zeer moeijelijk denken laat. Zie meer *Weekbl.* n°. 2022.

2°. Deze woorden moeten in eenen *enuntiatieven* en niet in eenen *limitatieven* zin worden opgevat; want het bezit gaat door en met het verlies der zaak altijd verloren; en men kan de wet niet de ongerijmdheid doen zeggen, dat men eene zaak bezitten kan, die niet meer bestaat. Het was misschien noodig van de overstrooming daarom afzonderlijk te gewagen, omdat het overstroomde land voor geen feitelijk bezit meer vatbaar zijnde, ook niet in ons bezit terugkeert, al wordt het later weder van het water bevrijd. Zoo leest men ook in *l.* 3, § 17, *D. de acq. vel am. poss.: responderunt desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit.*

c. 1°. Daar het waarschijnlijk is, dat met wegnemen hier iets anders bedoeld wordt dan met stelen, zal het eerste denkelijk moeten slaan op wegnemen met geweld of roof.

Regten en regtsvorderingen, die uit het bezit voortvloeijen.

A. Regten.

§ 359. 1°. De bezitter wordt aangemerkt als eigenaar; en dat is ongetwijfeld het beste en het voornaamste regt, dat de wet aan het bezit verbindt. Hij wordt aangemerkt als eigenaar tot het tijdstip der geregtelijke terugvordering. Wil dat zeggen, dat, zoodra tegen hem de *rei vindicatio* wordt ingesteld, het regtsvermoeden van eigendom ten zijnen voordeele ophoudt? Neen. Hangende het geding blijft hij in het bezit, en blijft hij alle de regten van den eigenaar uitoefenen. Niet op hem, maar op den eischer, die de zaak opvordert, en die beweert eigenaar te zijn, berust de last van het bewijs van dien eigendom: *melior est causa possidentis, quam petentis. L.* 9, § 4, *D. de Publ. in rem.* Maar wordt de bezitter bij die actie in het ongelijk gesteld, en moet hij de zaak dien ten gevolge teruggeven, dan moet hij haar opleveren in den staat, waarin zij zich bevond op den dag der actie; want dan wordt hij gerekend van dien dag af de regten van den eigenaar niet meer te hebben kunnen uitoefenen; en hij moet ook daarom teruggeven alle de sedert dien dag genoten vruchten, niettegenstaande zijne goede trouw. Art. 630.

2°. Zie hierover beneden op den titel van verjaring.

3°. *Naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura.* § 35, *J. de R. D.* De uitdrukking, dat hij de vruchten geniet tot de geregtelijke terugvordering, is eigenlijk niet juist; hij geniet ze, gelijk wij zoo even *ad* n°. 1 zagen, ook na dien tijd, doch onder verpligting tot teruggave, art. 630. Zie voorts hierover beneden *ad* § 378.

4°. De possessoire actiën worden gegeven tot bescherming en handhaving van het bezit. Zij hebben niets gemeens met den eigendom. Zij komen alleen toe aan den bezitter, niet aan den eigenaar als zoodanig, ook niet aan den blooten houder der zaak (*nudus detentor*), die geen burgerlijk bezit heeft. Zie beneden *ad* § 371. Over de possessoire actiën naar het Fransche regt, zie Henrion de Pansey, *de la comp. des juges de paix*, chap.

31—54, en naar het oud-Hollandsch regt. *Regtsg. Bijdr.*, VI, 77, 78, en de schrijvers, aldaar aangehaald.

§ **360.** De regten van den bezitter te kwader trouw verschillen van die van den bezitter te goeder trouw hierin: 1°. dat de bezitter te kwader trouw geen eigenaar wordt door verjaring; 2°. dat hij de vruchten niet tot de zijne maakt, maar dat hij integendeel die allen zelfs die, welke hij niet genoten heeft, met de zaak moet teruggeven, indien de eigenaar die had kunnen genieten, art. 634, en beneden ad § 379.

B. Regtsvorderingen.

Over de possessoire actie in het algemeen, zie ESQUIROU DE PARIEU, *Ess. hist. et crit. sur les act. poss.*, die in zijn laatste hoofdstuk tot het besluit komt, dat daardoor niet alleen het bezit, maar ook de eigendom op zeer krachtdadige wijze beschermd wordt.

De possessoire actiën komen toe aan iederen bezitter, dus ook aan den bezitter *pro indiviso*, waarover zie boven *ad* § 354, die daardoor moet worden hersteld in het bezit en het genot, dat hij verloren heeft, dat is in dat van de geheele zaak *pro parte indivisa.* Eene andere actie is ook niet denkbaar, omdat men niet kan aanwijzen, welk gedeelte van het bezit hem toekomt; zijn regt en zijn bezit strekt zich uit over de geheele zaak, met die beperking alleen, dat hij ook zijne medebezitters tot het genot moet toelaten. De wet onderscheidt dan ook volstrekt niet; maar kent slechts ééne actie voor alle bezitters; en de artt. 604, 605, 613, 618, 619, enz. zijn algemeen, en gelden voor alle gevallen. Zië meer *Regtsg. Adv.*, V, 56—60. Anders echter arrest van den hoogen raad van 15 Februarij 1856, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XX, 223—231.

§ **361.** Bij eene oppervlakkige beschouwing der artt. 618 en 619 zou het schijnen, dat er, behalve de actie tot handhaving van art. 606, nog twee andere possessoire actiën zijn, namelijk die tot herstelling en handhaving van hem, die zonder, en die tot herstelling alleen van hem, die met geweld het bezit verloren heeft. Ondertusschen blijkt bij eene nadere be-

schouwing al spoedig, dat in de artt. 618 en 619 geene sprake kan zijn van twee verschillende, maar slechts van ééne en dezelfde actie, die alleen eenigzins gewijzigd wordt naar mate de ontzetting al of niet gewelddadig geweest is; in den aard der actie zelve maakt dit echter geen verschil; hare strekking, hetgeen gevorderd wordt, is, in beide gevallen, hetzelfde, herstel namelijk in het bezit, dat men tegen zijnen wil verloren heeft. Het is waar, het eerstgenoemde artikel spreekt van herstel en handhaving, het tweede alleen van herstel. Daaruit zal echter wel niet volgen, dat men hem, die zonder geweld uit het bezit is ontzet, meer heeft willen geven, dan hem, die het bezit gewelddadig heeft verloren, en die, wilde men al een verschil maken, voorzeker aanspraak zou hebben op ruimere bescherming; en, indien men bovendien bedenkt, dat men wel kan gehandhaafd worden in een bezit dat men heeft, maar niet in dat, wat men verloren heeft, dan wordt het duidelijk, dat die woorden en gehandhaafd bij toeval of bij ongeluk in art. 618 moeten gekomen zijn, en dat zij eigenlijk geenerlei zin hebben, en bij gevolg wel moeten worden aangemerkt als niet geschreven.

1°. Het *interdictum retinendae possessionis*, *uti possidetis* of *utrubi*, de *complainte;* die daarvan gebruik wil maken, moet bewijzen, dat hij werkelijk bezat op het oogenblik der stoornis, en nog bezit.

2°. Het *interdictum recuperandae possessionis*, de *réintegrande;* om daarvan gebruik te maken, moet men niet bezitten op het oogenblik der regtsvordering, maar men moet bewijzen bezeten te hebben, en dat bezit te hebben verloren, het zij dan met of zonder geweld.

§ **362.** Dat jaar loopt, in geval van stoornis, van den dag der stoornis; in geval van eenvoudige ontzetting, van den dag, waarop het bezit verloren is; en, in geval van gewelddadige ontzetting, van den dag, waarop het geweld heeft opgehouden. De possessoire actie wordt gegeven aan iederen bezitter, onverschillig of hij lang of kort bezeten heeft; het enkele feit van het bezit is voldoende; en eenjarig bezit is in ons regt geen vereischte meer voor de possessoire actie. Zoo ook beslist bij arrest

van den hoogen raad van 21 December 1855, VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XX, 146—157. Zie meer *Themis*, 1835, bl. 373—390. Anders *Themis*, 1859, bl. 30—46.

§ 363. Zie artt. 630—634, en beneden *ad* § 378, 379.

1°. *Regtsvordering tot handhaving in het bezit.*

§ 364. Ofschoon dit hier niet uitdrukkelijk gezegd wordt, spreekt het echter van zelf, dat ook wegens stoornis in het bezit van onligchamelijke zaken deze actie gegeven wordt. Dat toch die onligchamelijke zaken een onderwerp van bezit zijn kunnen, zagen wij reeds boven *ad* § 349, en daaruit volgt dan ook, dat de wet aan hem, aan wien zij dit bezit geeft, niet kan willen onthouden de wettige regts-middelen tot handhaving en bescherming van dat bezit; terwijl bovendien, naar art. 603, het bezit van onligchamelijke zaken eerst verloren gaat, indien een ander daarvan gedurende een geheel jaar het rustig genot gehad heeft, zoodat men gedurende dat jaar het bezit moet kunnen terugvorderen, of daarin gehandhaafd worden in geval van stoornis *a*).

Maar wat is nu stoornis? Stoornis is iedere daad, waardoor men den bezitter werkelijk en feitelijk in zijn bezit hindert en belemmert, of in het vrij en rustig genot daarvan beperkt, zonder dat nogtans daardoor het feitelijk bezit geheel verloren gaat. Stoornis geschiedt dus door daden, niet door woorden, omdat het bezit, dat een feit is, in zijn geheel blijft bestaan, zoo lang het niet feitelijk wordt aangerand. Onze wet kent dus alleen materiële stoornis, *trouble de fait*, geene intellectuële stoornis, *trouble de droit*, waarvan sommige Fransche schrijvers gewagen, zoo als POTHIER, *Tr. de la poss.*, n°. 103, GARNIER, *Tr. des act. poss.*, p. 64—69, HENRION DE PANSEY, Chap. 37, MERLIN, *Rép.* in voce *complainte*, § 4. Zie ZACHARIA, *Handb.*, I, 372; maar vooral ook *Regtsg. Adv.*, II, 78—86, waarin op goede gronden wordt betoogd, dat, wat er ook zij van die leer

---

a) De bewering van OPZOOMER, *B. W.*, ad art. 603, dat de possessoire actien ten opzigte van zakelijke regten alleen worden toegekend als zij onroerend, niet als zij roerend zijn, wordt bestreden door DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 368.

van den *trouble de droit*, in geen geval door eene enkele sommatie of door een ander extra-judicieel exploit, stoornis kan worden gepleegd in het bezit, omdat zij, geschied zijnde door den eigenaar, is een wettig regt, en geschied zijnde door den niet-eigenaar, geen gevolg hoegenaamd heeft, en dus het bezit niet kan storen, noch feitelijk, noch zedelijk *a*).

In het bezit van een stuk land *b*).

§ **365.** Zij wordt niet toegelaten *c*).

1°. Dit spreekt eigenlijk van zelf, althans naar onze wet is het een regtstreeksch gevolg van de bepaling van art. 593, dat die erfdienstbaarheden voor geen burgerlijk bezit vatbaar zijn. Zie boven *ad* § 353, 2°.

2°. Ook dit spreekt van zelf. *Physiek* zelfs kan men niet worden gehandhaafd in een bezit, dat men niet heeft of hebben kan: *hoc interdictum in omnibus possessionibus locum habebit*, *dummodo possideri possit. L.* 1, § 8 *D. Uti poss.*

3°. Als reden hiervan werd gegeven, dat roerende zaken geen gevolg in regten hebben, maar dat men daarvan onherroepelijk het bezit verliest, zoodra men heeft opgehouden ze feitelijk in zijne magt te hebben (art. 2014). Ondertusschen vooronderstelt enkele stoornis geen verlies, maar veeleer behoud van het bezit, zie boven *ad* § 364. Deze grond van uitsluiting is dan ook eigenlijk meer van toepassing op de actie tot herstel dan op die tot handhaving; ofschoon wij beneden *ad* § 371 zien zullen, dat men de bedoeling juist gehad heeft om ook het herstel voor roerende zaken niet uit te sluiten.

---

a) DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 403—407, beweert dat geregtelijke stoornis, b. v. door eene geregtelijke aanmaning, wel aanleiding kan geven tot deze actie.

b) Ook dan wanneer de stoornis slechts ten opzigte van een gedeelte van den grond, dien men bezit, is gepleegd, wordt de bezitter daardoor gestoord in het genot en gebruik, dat hij op dien grond in zijn ganschen omvang heeft. Ter zake van zoodanige stoornis kan dus deze regtsvordering worden ingesteld. Arrest van den hoogen raad v. 30 April 1880, *W.* n°. 4518. Zie ook het arrest van 23 Junij 1882, *W.* n°. 4794.

c) In de artt. 608 vlg. is alleen sprake van de regtsvordering tot handhaving in het bezit. Toch zal hetgeen in deze paragraaf bepaald is, ook van toepassing moeten worden geacht op de vordering tot herstel in het bezit, omdat in beide gevallen de regtsgrond dezelfde is. Zie beneden § 365, 3°. en § 371 *i. f.*

4°. Zij zijn geene bezitters, maar bloote houders; zij hebben alleen de *possessio naturalis*, niet de *possessio civilis*, want zij bezitten voor den eigenaar, of liever voor den verhuurder of verpachter, enz., niet voor zich zelven: *sunt in possessione*, *non possident.* Zie boven *ad* § 351.

§ **366.** De eigenaar heeft het regt zijne zaak, die in het bezit van een ander is, terug te vorderen; maar hij mag niet zich zelven regt verschaffen, en hij moet even als ieder ander de regten van den bezitter eerbiedigen, zoo lang dat bezit voortduurt. Iedere willekeurige of eigendunkelijke stoornis is ook aan hem verboden, juist omdat de regten van eigenaars en bezitters niets met elkander gemeen hebben, en omdat zijne regten als eigenaar de daarvan geheel onafhankelijke regten van den bezitter niet van zelven vernietigen, maar integendeel geheel onaangeroerd laten: *fieri etenim potest*, *ut alter possessor sit*, *dominus non sit; alter dominus quidem sit*, *possessor vero non sit; fieri potest*, *ut et possessor idem et dominus sit. L.* 1. § 2 *D. Uti poss.*

§ **367.** Hij dus, die het bezit eener zaak door geweld heeft verkregen, bezit niettemin, en hij kan zich tegen ieder, die hem in dat bezit stoort, daarin doen handhaven, behalve tegen hem, aan wien hij de zaak door geweld heeft ontnomen: *si quis possidet vi aut clam aut precario*, *si quidem ab alio*, *prodest ei possessio*, *si vero ab adversario suo, non debet eum propter hoc, quod ab eo possidet vincere; eas enim possessiones non debere proficere*, *palam est. L.* 1, § 9 *eod.*

§ **368.** De bezitter verkrijgt door het vonnis, dat hem in zijn bezit handhaaft en de ophouding der stoornis beveelt, het regt, om alles te doen herstellen, ten koste van den gedaagde, in den toestand, waarin het zich vóór de stoornis bevond, en tevens tot vergoeding van alle schade, die hem door de stoornis is toegebragt. De actie strekt derhalve in de eerste en voorname plaats om zich te doen handhaven in het bezit; de schadevergoeding is niets anders dan een accessoir of gevolg hiervan. Wordt er dus, op grond van gepleegde stoornis, alleen vergoeding gevraagd voor geleden schade, dan is dit eene gewone personele actie, gegrond op schade toegebragt door eene onregtmatige daad; de actie dus

van art. 1401, en geenszins eene possessoire actie, die alleen dan denkbaar is, indien men vraagt handhaving of herstel in gestoord of verloren bezit. Anders echter arrest van den hoogen raad van 30 November 1865, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXX, 83—94.

§ **369.** Men ziet hier weder een bewijs, dat de wet doorgaans de beide possessoire actiën verwart; want ook deze bepaling, schoon op zich zelve juist, behoort veeleer bij de actie tot herstel dan bij die tot handhaving. Immers, hij die slechts gestoord is in zijn bezit, wordt niet alleen gerekend, maar heeft werkelijk dat bezit nooit verloren; en wat dus hier gezegd wordt, toegepast op de actie tot handhaving, spreekt eigenlijk van zelf. Maar de zin is, dat hij, die *facto* het bezit heeft verloren, doch daarin bij vonnis van den regter is gehandhaafd, of liever hersteld, en die dus het bezit-regt heeft behouden, geacht wordt altijd en voortdurend in het bezit te zijn gebleven. Het gevolg derhalve is, dat door de stoornis de loop der verjaring niet gestuit wordt; maar dat integendeel de tijd, die vóór, gedurende en na de stoornis is verloopen, tot de vervulling der verjaring wordt medegeteld, ofschoon art. 1992, waarvan wij hier eene uitzondering hebben, in den regel voor verjaring vordert een voortdurend en ongestoord bezit *a*).

Regtsvordering tot herstel in het bezit.

§ **370.** Even als van de actie tot handhaving (zie boven *ad* § 368), zoo ook is van deze het doel, om de zaken te doen herstellen in den toestand, waarin zij zich vóór de stoornis of liever vóór de ontzetting uit het bezit bevonden; dáár moest alleen de bezitter hersteld worden in het volle genot van een bezit, dat hij niet geheel verloren had, hier wordt hem het bezit, dat hem

---

a) De redactie van het artikel is zeer ongelukkig. De wetgever bedoelde te voorzien zoowel in het geval van stoornis in het bezit, als in dat van verlies daarvan. In het eerste geval zal dan bij handhaving in het bezit, dat bezit, niettegenstaande de stoornis, geacht moeten worden ongestoord te zijn geweest. In het tweede geval zal bij herstel in het bezit, dat bezit, niettegenstaande men het eenigen tijd kwijt is geweest, geacht moeten worden voortdurend en onafgebroken te zijn geweest. VOORDUIN, III, bl. 373, ad art. 616, en bl. 375, ad art. 622; DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 411 en 412.

ontnomen is, weder teruggegeven; en de ontzette bezitter kan die actie instellen, niet alleen tegen hem, die hem verdreven heeft, maar tegen iederen houder der zaak.

§ **371.** De laatste zinsnede van dit artikel heeft aanleiding gegeven tot de vrij zonderlinge stelling, dat men, om in deze actie ontvankelijk te zijn, niet zou behoeven te bezitten, of liever bezeten te hebben, met andere woorden, dat het *interdictum unde vi*, waarvan hier sprake is, ook zou kunnen worden gebruikt door huurders, pachters en andere bloote houders der zaak, die geen burgerlijk bezit hebben; »om in die regtsvordering ontvankelijk te zijn, namelijk, zegt het artikel, behoeft de aanlegger slechts de daad der gewelddadige ontzetting te bewijzen; ergo, zegt men, hij behoeft geen bezit te bewijzen." Zie *Themis*, 1844, bl. 258—262; 1845, bl. 175—204. Het antwoord op deze stelling is al dadelijk: *incivile est, nisi tota lege perspecta, de una aliqua ejus particula judicare. L.* 24 *D. de legib.* Het kan zeker niet ontkend worden, dat, indien men blijft hangen aan de doode letter dezer woorden, en indien men die tevens geheel isoleert van en buiten verband beschouwt met de andere voorschriften der wet, het mogelijk wordt te komen tot het vreemde besluit, dat de huurder eene actie heeft tot herstel in een bezit, dat hij nooit gehad heeft. Wij hebben evenwel reeds boven *ad* § 361 gezien, dat, ook naar onze wet, de possessoire actiën alleen geschreven zijn voor den bezitter. De artt. 604 en 605 zeggen dan ook werkelijk zeer duidelijk, dat, o. a. ook de *réintegrande* of de regtsvordering tot herstel alleen toekomt aan den bezitter; hier wordt de actie genoemd eene regtsvordering tot herstelling in het bezit, en dat is immers niet mogelijk voor hem die nooit bezit gehad heeft. En eindelijk art. 622 zegt, zoo mogelijk, nog duidelijker, dat de actie dient, om den vorigen bezitter te herstellen in zijn bezit; en hoe zal men nu een bezitter, die geen bezitter is, herstellen in een bezit, dat hij nooit gehad heeft? *a*)

---

a) Anders Opzoomer, *B. W.*, 186—188 en 188—193, wiens gronden echter worden bestreden door Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 422—427, en door Mr. L. J. Godefroy, in *Themis*, 1878, bl. 221 vlg.

Eene andere vraag is het, of de actie tot herstel ook kan te pas komen wegens gewelddadige ontzetting uit het bezit eener roerende zaak. — Wij zagen reeds boven *ad* § 365, 3°, dat dit werkelijk de bedoeling der wet schijnt geweest te zijn. Op eene daaromtrent gedane vraag door ééne der afdeelingen antwoordde de regering, dat in verre de meeste gevallen slechts ten opzigte van onroerende goederen die actie kan te pas komen; dat echter, vermits ook *spolie* van een roerend goed mogelijk is, men bij het artikel de vordering niet tot onroerende zaken heeft beperkt. Maar wat dan ook door de regering moge zijn bedoeld en begrepen, eene zoodanige actie zou zeker niet te rijmen zijn met de bepaling van art. 2014, dat bij roerende zaken het eenvoudig bezit geldt voor titel, waaruit wel degelijk volgt, dat hij, die het bezit op welke wijze dan ook verloren heeft, daarmede tevens alle aanspraak op de zaak kwijt is.

§ **372.** De possessoire actie, zelfs die op grond van gewelddadige ontzetting, duurt slechts een jaar, art. 621; maar de wet geeft na dien tijd aan hem, die met geweld verdreven is uit zijn bezit, nog een buitengewoon middel tegen den geweldenaar, het zij tot teruggave van hetgeen hem ontnomen is, zonder dat hij behoeft te bewijzen daarvan eigenaar te zijn, voor zoo verre het nog in de magt van den gedaagde is, het zij enkel tot vergoeding der schade door geweld veroorzaakt *a*).

Van alles enz. *b*).

§ **373.** Zie boven *ad* § 370. Art. 615 voegt er voor de

---

a) Deze vordering is geene andere dan die van art. 1401, gegrond op het onregtmatige der gewelddadige ontzetting. Zij strekt zoowel tot teruggave van alles wat ontnomen is als tot vergoeding van alle kosten, schaden en interessen door de ontzetting veroorzaakt, waaronder zoowel het gemis van voordeel als werkelijk verlies verstaan moet worden Voor den eischer, die met geweld verdreven is uit zijn bezit, maar van de possessoire actie van art. 619 verstoken is, omdat hij een jaar ongebruikt liet voorbijgaan, zal de toewijzing dier vordering echter niet het gevolg hebben, dat hij zou moeten beschouwd worden het bezit niet verloren te hebben Het oude bezit wordt dan niet voortgezet, maar een nieuw bezit aangevangen. Deze vordering verschaft hem dus minder dan die van art. 619. Beroept hij zich later op de verjaring, dan zal hij het vroeger bezit niet in rekening mogen brengen, art. 1992.

b) Dat krachtens dit artikel de teruggave kan worden gevorderd niet alleen van de ontnomen roerende, maar ook van de ontnomen onroerende goederen, besliste de hooge raad bij arr. v. 29 April 1881, *W.* n°. 4664.

actie tot handhaving bij, dat zij tevens strekt tot vergoeding van kosten, schade en interessen. Hier wordt daarover gezwegen. Volgt daaruit, dat hij, die uit zijn bezit ontzet is, geene schadevergoeding kan vorderen? Zeker niet. Voor dat verschil zou geene reden bestaan. De ontzetting is in allen gevalle eene onregtmatige daad, die hem, die zich daaraan heeft schuldig gemaakt, tot vergoeding verpligt, art. 1401: *qui vi dejectus est, quidquid damni senserit ob hoc, quod dejectus est, recuperare debet; pristina enim causa restitui debet, quam habiturus esset, si non fuisset dejectus. L.* 1, § 31 *D. de vi et vi arm. a*).

TITEL III.

VAN EIGENDOM.

(Artt. 625—671. Eerste gedeelte, § 374—393, bl. 115—120.)

Geschriften: Asser, 247—263; Voorduin, III, 379—467; Diephuis, III, 114—194; Opzoomer, II, 60—81; Opzoomer, *B. W.*, III, 199—309; Diephuis, *N. B. R.*, VI, 14—164; Asser, *Handl.*, II, bl. 53 vlg.; Loke, 131, 132.

Algemeene bepalingen.

§ **374.** De eigenaar heeft in het algemeen de onbegrensde bevoegdheid, om van zijn goed dat gebruik te maken, en om daarover te beschikken op die wijze, als hem goeddunkt. De eenige beperkingen, die de wet op dat regt toelaat, zijn die het bestaan van elke burgermaatschappij noodzakelijk maakt. Men mag van zijn goed geen gebruik maken, strijdende tegen de wetten of wettelijke verordeningen, omdat, hoe heilig ook de regten van den enkelen burger zijn mogen, deze echter wijken moeten voor de nog heiliger regten der geheele maatschappij; ja zelfs kan men somtijds, indien dat algemeen belang dit dringend vordert, genoodzaakt worden ten behoeve hiervan zijnen eigendom

---

a) Anders Asser, *Handl.*, t. a. p, bl. 50, volgens wien alleen van hem die de zaak te kwader trouw in bezit nam, niet van hem die zulks te goeder trouw deed, schadevergoeding kan gevraagd worden.

af te staan. Men mag ook van het regt, dat men op zijne eigen zaak heeft geen misbruik maken met benadeeling van de regten van een ander *a*). De bepaling wordt gewettigd èn door het *suum cuique tribuere* der Romeinen (§ 3 *I. de J. et J.*), èn door het eerste voorschrift van het natuurregt, dat ons gebiedt zoo te handelen, dat onze eigen vrijheid met die van anderen bestaanbaar zij.

Openbare verordeningen. Het is aan de provinciale staten en aan de gemeentebesturen, dat het regt toekomt om zoodanige openbare verordeningen te maken, artt. 131, 140 Gr., en het zijn die verordeningen of reglementen, waarop hier uitsluitend gedoeld wordt. Men versta hieruit intusschen niet, dat men b. v. door een reglement van de administratieve magt uit zijn eigendom kunne ontzet worden. Deze reglementen bepalen zich alleen tot algemeene of bijzondere voorschriften van politie of oeconomie. Het regt van eigendom, of de vrije beschikking daarover, kan door haar nimmer worden aangerand; doch het gebruik van den eigendom alleen kan daardoor, in het belang der openbare orde, rust en veiligheid, eenigzins gewijzigd of beperkt worden. Bij voorbeeld plaatselijke reglementen kunnen aan tappers of koffijhuishouders verbieden, hunne tapperijen of koffijhuizen later in den nacht dan een zeker bepaald uur open te houden. Maar diezelfde reglementen kunnen hun noch gebieden noch verbieden hunne huizen te verlaten, te verkoopen, weg te geven; zij kunnen even weinig de uitoefening van een bepaald beroep in het algemeen verbieden; zij kunnen aan eigenaren van openbare rij-

a) Is de eigenaar tot schadevergoeding verpligt zoo dikwijls door het gebruik, dat hij van zijn eigen zaak maakt, een ander schade wordt toegebragt, ook dan wanneer daardoor niet is geschonden eenig aan den benadeelde toekomend regt, b. v. wanneer ik bij het in werking brengen van de machines in mijne fabriek, alle wettelijke voorzorgsmaatregelen heb in acht genomen en desniettemin door de sterke beweging dier machines, de muren van uw huis scheuren en ineenzakken? Herhaaldelijk is die vraag door de jurisprudentie en de schrijvers bevestigend beantwoord. Opzoomer, t. a. p., bl. 208, noot 1, en Asser, *Hdl.*, t. a. p., bl 58 en 59, verzetten zich tegen die leer. Volgens laatstgenoemde kan van verpligting tot schadevergoeding alleen dan sprake zijn, indien door het gebruik eenig verkregen regt van den benadeelde is geschonden of de handeling is gepleegd in strijd met eenige wet of regtsgeldige verordening.

tuigen verbieden, om daarmede te rijden, zonder inachtneming van zekere voorzorgen, ter voorkoming van ongelukken. In het algemeen hebben de plaatselijke besturen, krachtens art. 140, het regt, om voor hunne gemeenten alle maatregelen van wetgeving te nemen, mits maar de plaatselijke wet rake het huishoudelijk belang, dat is, bestemd zij om te werken binnen de grenzen der gemeente, en daarenboven niet strijdig zij, het zij met de algemeene landswet, het zij met het algemeen belang. Menigvuldig zijn de geschillen over de meerdere of mindere uitgebreidheid dier plaatselijke wetgevende magt gevoerd, en de regterlijke uitspraken, waarbij over de wettigheid of onwettigheid van een groot aantal plaatselijke reglementen beslist is, hoezeer eigenlijk de regterlijke magt, gelijk wij gezien hebben, *ad* art. 11 *Alg. Bep.*, naar het tegenwoordig staatsregt, tot dergelijke beslissingen ten eenemale onbevoegd is *a*). Men vindt dit onderwerp *ex professo* behandeld door G. DE VRIES, *de wetgev. magt der pl. best.*, naar art. 153 Gr. (van 1840). — De provinciale staten oefenen gelijke magt uit in hunne provincie, als de plaatselijke besturen in de gemeenten. — De koning daarentegen heeft geene wetgevende, maar alleen uitvoerende magt; en als hoofd dier uitvoerende magt heeft hij het regt, om maatregelen te nemen van inwendig bestuur, strekkende tot uitvoering der wetten, of ook wel tot regeling van die onderwerpen en zaken, die hem bij de wet ter regeling zijn overgelaten. Dit regt wordt den koning wel nergens uitdrukkelijk gegeven, maar het ligt in den aard der zaak, en het wordt ook verondersteld in art. 72 Gr., waarbij de vorm wordt vastgesteld voor die algemeene maatregelen van inwendig bestuur. Het gevolg van dit één en ander is, dat de openbare verordeningen, waarbij het gebruik van den eigendom kan worden beperkt, en die hier bedoeld worden niet kunnen worden vastgesteld door den koning. Het geven toch van bevelen en verboden, waarnaar de ingezetenen zich zullen moeten gedragen, is de taak der wetgeving, niet die van het bestuur; en de algemeene wetgeving voor het geheele rijk berust bij den

---

a) Zie echter de noot aldaar.

koning en de beide kamers der staten-generaal, niet bij den koning alleen, art. 104 Gr. Niettemin is in de praktijk dit bijna altijd anders begrepen, en zijn er onder vroegere regeringen, vooral onder die van WILLEM I, eene groote menigte koninklijke besluiten uitgevaardigd over allerlei onderwerpen, die inderdaad wetten zijn, en de hooge raad zelf is bij onderscheiden arresten vervallen in diezelfde dwaling, door soortgelijke wetgevende bepalingen, door den koning vastgesteld, toe te passen en als wettig en verbindende te beschouwen. Intusschen is bij geen dier arresten gezegd, wat dan eigenlijk bij de reglementen van bestuur, wat door de wet moet worden geregeld. Dat is dan ook inderdaad niet mogelijk, indien men het onderscheid tusschen wetgeving en bestuur niet streng in het oog houdt; want, gelijk ergens door VAN HOGENDORP gezegd is: »nooit worden wetgeving en bestuur vereenigd, en het bestuur dient altijd, om de wet uit te voeren; de maatregelen van inwendig bestuur zijn besluiten ter uitvoering van de wetten.'' Zie onder anderen arresten van 12 Junij 1844, en 30 November 1847, *Weekbl.* n[is]. 506, 868, die echter zeer in het breede en op goede gronden zijn wederlegd in *Weekbl.* n°. 511, 874. Verg. ook THORBECKE, *Aant. op de Gr.*, I, 180, 181; II, 149, 150 *a*).

De wet van 6 Maart 1818, *Stbl.* n°. 12, waarbij de wetgevende magt der provinciale en plaatselijke besturen nader wordt ontwikkeld en geregeld, (waarvan echter thans de artt. 2 en 3 zijn ingetrokken en vervangen door de wet van 25 Mei 1880, *Stbl.* n°. 86, terwijl de artt. 4 en 5 door de art. 161 vlg. der gemeentewet zijn vervallen), en die voornamelijk het zij tot grond-

---

a) Deze opmerking dagteekent van 1875. Sedert 1879 is de hooge raad op zijne vroeger onveranderlijk gehuldigde leer teruggekomen, door herhaaldelijk te beslissen, dat de koning slechts in zooverre tot het uitvaardigen van algemeene maatregelen bevoegd is als deze òf steunen op de wet, òf daarvan het uitvloeisel zijn. Zie o. a. de arresten van 13 Jan. 1879, *W.* n°. 4330, van 20 Oct 1879, *W.* n°. 4436 en van 12 April 1880, *W.* n°. 4498. Daarbij is dus den koning de bevoegdheid ontzegd tot het vaststellen der hier bedoelde verordeningen. — Over dit onderwerp en bepaaldelijk over 's konings bevoegdheid tot het uitvaardigen van algemeene maatregelen van inwendig bestuur in het algemeen, zie de bij ASSER, *Hdl.*, t. a. p., bl. 57 en 58 aangehaalde litteratuur, en Mr. J. T. BUYS, *de Grondwet*, Arnhem 1883, 1e deel, bl. 327—351, benevens de aldaar aangehaalde litteratuur.

slag, het zij tot voorwendsel van deze niet minder gevaarlijke dan onregtskundige leer gediend heeft, heeft zich echter aan deze verwarring van begrippen niet schuldig gemaakt, maar integendeel de onderscheiding tusschen wetgeving en bestuur zeer juist in het oog gehouden. Immers, bij de artt. 2—5 van die wet wordt wel aan de provinciale en de plaatselijke besturen het regt gegeven, om bij hunne reglementen zekere straffen te bedreigen tegen de overtreders van hetgeen daarbij bepaald wordt; maar nergens geeft de wet aan den koning het regt om soortgelijke straffen te bedreigen, zelfs niet om reglementen van wetgeving of politie vast te stellen, een regt, dat uit den aard der zaak en naar de beginselen van ons staatsregt alleen toekomt aan den algemeenen wetgever, dat is, aan den koning en de staten-generaal. Integendeel zegt art. 1 dier wet eenvoudig, dat de overtreders der maatregelen van algemeen bestuur (niet van wetgeving), bij art. 72 Gr. vermeld, eene zekere straf zullen beloopen. Wel verre dus van aan de Grondwet te derogeren, wordt daarnaar uitdrukkelijk verwezen, en wat nu een maatregel van bestuur is, wordt daarbij geheel in het midden gelaten. De Grondwet en de algemeene beginselen van staatsregt moeten dit beslissen.

De eigenaar moet zich voor het overige bij het gebruik van zijnen eigendom niet alleen onderwerpen aan en gedragen naar de voorschriften der wettige verordeningen van de bevoegde magt; maar hij moet daarop ook toelaten de handelingen van het openbaar gezag, dat daartoe bij die verordeningen wordt bevoegd verklaard. Zie arrest van den hoogen raad van 21 Maart 1873, *Weekbl.* n°. 3571.

De regten van derden. Zoo mag b. v. hij, wiens eigendom bezwaard is met eene erfdienstbaarheid, niets doen, waardoor het gebruik dier erfdienstbaarheid zou verminderen of ongemakkelijker gemaakt worden, art. 739. Men kan voorts eene menigte andere voorbeelden vinden in den volgenden titel van dit boek.

Onteigening ten algemeenen nutte. In art. 245 *C. N.* kwam de uitdrukkelijke bepaling voor, dat niemand kon genoodzaakt worden zijnen eigendom af te staan, ten zij ten algemeenen nutte, en tegen eene behoorlijke en voorafgaande

schadeloosstelling. Men vindt dit artikel in ons wetboek niet terug: 1°. omdat hetzelfde beginsel reeds is aangenomen bij art. 147 Gr., en eene herhaling daarvan dus overtollig voorkwam; en 2°. omdat die onteigening ten algemeenen nutte meer een onderwerp van staats- dan van burgerlijk regt uitmaakt, waarom dan ook alles, wat daartoe verder betrekking heeft, en wat de wijze van onteigening en de schadeloosstelling betreft, reeds onder het Fransche regt was geregeld bij eene afzonderlijke wet van den 8 Maart 1810, te vinden, onder anderen, bij HAMELSVELD, *Nederl. Pandecten*, II, 29—34. Zie over die wet zelve LOCRÉ, IV, 487—588. Intusschen zijn er kort na de invoering der Nederlandsche wetgeving zeer ernstige bedenkingen geopperd omtrent de voortdurende verbindende kracht dezer wet in Nederland. Zie b. v. het *Regt in Ned.*, I, 369—377; *Weekbl. van het Regt*, 25, 28, enz. Men heeft namelijk beweerd, dat die wet stilzwijgend door artt. 162 en 163 der Gr. (van 1840) zou zijn afgeschaft, omdat: 1°. zij bijna in ieder artikel lijnregt in strijd was met den geest der Grondwet en met het Ned. staatsregt, zoo zelfs, dat zij in vele opzigten niet meer uitvoerbaar was; 2°. art. 162 dier Gr. zegt, dat de onteigening zal geschieden in de gevallen en op de wijze, bij de wet TE BEPALEN, en dus spreekt van eene TE MAKEN wet; men kan daaronder niet verstaan eene oude Fransche wet, maar alleen eene nieuwe Nederlandsche, die nog gemaakt moest worden; 3°. art. 163 derzelfde Gr. draagt alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortspruitende regten bij uitsluiting op aan de kennisneming der regterlijke magt; terwijl integendeel de wet van 1810 aan de administratieve magt het regt gaf, om over het bestaan van het algemeen nut te beslissen, en de gronden aan te wijzen, waarover het werk loopen zou. — Doch, hoe hoogst gewigtig alle deze gronden ook zijn mogen, zij moesten toch misschien zwichten voor de algemeene uitdrukking van het in vele opzigten maar al te gemakkelijke tweede additionnele artikel dier Gr.: »alle thans in werking zijnde wetten behouden kracht, tot dat daarin op eene andere wijze zal zijn voorzien." — Het betoog nu, dat onder die alle wetten ook niet die van 1810 begrepen was, viel uiterst moeijelijk.

Doch, indien nu de bedoelde wet niet door de Grondwet was afgeschaft, was zij het dan niet door de wet van den 16 Mei 1829 (*Staatsblad* n°. 33)? — Hiervoor liet zich meer zeggen. Immers het moge in het afgetrokkene waar zijn, dat de onteigening eigenlijk een onderwerp is van staatsregt: de makers der wet van 1810 (en hierop komt het juist aan) hebben dit anders begrepen, te regt of ten onregte, dat doet niets ter zake. De geschiedenis dezer wet leert ons, dat zij niets anders geweest is dan de aanvulling of het corollarium van art. 545 *C. N.* Van dáár dan ook, dat art. 20 dier wet eenvoudig naar het aangehaalde art. 545 verwees, en niet naar de toenmalige constitutie, die over de onteigening zweeg: »*tout propriétaire dépossédé sera indemnisé conformément à l'art.* 545 *C. N.*" Maar als dit nu waar was, dan was ook met dat art. 545 zijn corollarium, de wet van 1810, noodwendig vervallen; want dan viel die wet ontegensprekelijk in de termen van art. 1 der wet van 16 Mei 1829: »te rekenen van de invoering van het B. W. der Ned., wordt afgeschaft, en zal ophouden kracht van wet te hebben het wetboek *Napoleon*, met al de daartoe behoorende besluiten en verordeningen." Nam men dit stelsel aan, dan bleef er nog eene andere moeijelijkheid over, omdat sommigen van oordeel waren, dat met de wet van 1810 ook het geheele regt van onteigening vervallen was, anderen daarentegen begrepen, dat dit regt bestond, krachtens de Grondwet, en dus in ieder geval, langs den gewonen weg van regten bij gewone burgerlijke regtsvordering kon worden uitgeoefend. Doch wat daarvan zij, deze en alle andere vragen, met de al- of niet-verbindbaarheid der wet van 1810 in verband staande, hebben thans alle practische waarde verloren, en behoorden reeds tot het gebied der geschiedenis, toen bij de wet van 29 Mei 1841 (*Staatsblad* n°. 19) in de onteigening ten algemeenen nutte op nieuw werd voorzien. Krachtens die wet, was het ook de koning, die verklaarde welke werken van algemeen nut zijn, en die de te onteigenen gronden en eigendommen aanwees; doch de onteigening, en de schadeloosstelling, in geval van verschil, geschiedde reeds onder die wet door den regter. Maar ook deze wet bestaat thans niet meer. De laatste Grondwets-herziening maakte eene

wijziging daarvan onvermijdelijk. Art. 147 Gr. immers zegt thans uitdrukkelijk, niet slechts dat onteigening alleen plaats heeft, tegen voorafgaande schadeloosstelling, maar ook dat de wet vooraf verklaart, dat het algemeen nut de onteigening vordert; zoodat voor iedere onteigening eene afzonderlijke wet noodig is. Op die beginselen is dan ook gegrond de latere wet, die de onteigening ten algemeenen nutte regelt, de wet n.l. van 28 Augustus 1851, *Staatsblad* n°. 125. — Men zie voorts een overzigt van de verschillende bestaande wetgevingen op de onteigeningen in *Themis*, 1839, 179—212; en in het bijzonder over dit onderwerp bij ons, H. G. Wyckerheld Bisdom, *Diss. de imp. fac. dom. priv. auf. ob caus. util. pub. ex princ. jur. hod.*, L. B. 1832; H. Vollenhove, *Diss. cont. quaest. jurid.*, L. B. 1839, p. 21—37 *a*). Zie ook Thorbecke, II, 150—154, die in de eerste uitgave van zijn werk, bl. 228, ook aan de voortdurende wettelijke kracht der wet van 1810, en zelfs aan hare bestaanbaarheid met de Grondwet scheen te twijfelen, wanneer hij zeide: »geen sterker blijk van de hollandsche bedachtzaamheid, dan dat wij zulk eene wet, hoe zwaar ook te maken, in het 25ste jaar na de invoering der Grondwet, nog niet hebben. Ten aanzien van een der teederste regtspunten laten wij steeds eene in Frankrijk reeds afgeschafte Napoleontische verordening in kracht, die, om het gunstigste te zeggen, de hoofdeigenschap mist, die de Grondwet in eene wet op de onteigening verlangt.''

Reeds vóór de wet van 1841 was het vrij algemeen aangenomen, dat, hoezeer ons artikel niet spreekt van gelijktijdige schadeloosstelling, deze, uitgezonderd in de gevallen van dringenden nood, als van brand en dergelijken, ook bij ons nog de onteigening moet voorafgaan, zoo als dit dan ook overtuigend blijkt uit de langdurige beraadslaging over art. 625. Immers 1°. vordert zoowel dat art. 625 als art. 162 Gr. (1840) eene behoorlijke schadeloosstelling, en zou deze in vele gevallen zoo onbehoorlijk als onvolledig zijn, wanneer b. v. iemand kon genoodzaakt worden,

---

a) Over de wet van 1851 bestaan vele monographiën, vermeld bij Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 154 noot. Zeer belangrijk is ook het opstel van Mr. L. de Hartog, in *N. Bijdr.*, d. XI, bl. 259—317.

het huis, waarin hij eene winstgevende betrekking uitoefent, te verlaten, zonder daarvoor dadelijk schadeloos gesteld te worden, zie THORBECKE, *Aant. op de Grondwet*, bl. 239; 2°. zeggen beide artikelen, dat de onteigening zal plaats hebben tegen behoorlijke schadeloosstelling, dat is, tegen de ontvangst der waarde in geld van het onteigend goed. Doch ook hieromtrent was reeds alle twijfel opgeheven, door art. 18 der wet van 1841, bepalende, dat de overschrijving van het vonnis van onteigening, waardoor de eigendom overgaat op de onteigenende partij, niet kan geschieden, vóórdat de daarbij toegewezen schadevergoeding is voldaan, of in consignatie gebragt. Hetzelfde vindt men thans terug in de artt. 55—61 van de aang. wet van 1851.

Art. 147 Gr. spreekt alleen van onteigening, dat is van ontzetting uit den eigendom, met dat gevolg dat deze overgaat op een ander; niet van iedere zoogenoemde aantasting van den eigendom, die niets anders is dan eene door de wet toegelaten beperking in het gebruik. Zie het zoo even aang. arrest van den hoogen raad van 21 Maart 1873 *a*).

§ **375.** Zijn echter deze regten van den eigenaar al weder ondergeschikt aan de bepaling van art. 625? Met andere woorden, kan de eigenaar in zijne bevoegdheid van bouwen, planten en graven worden beperkt door reglementen van politie der plaatselijke en provinciale besturen? De Fransche schrijvers schijnen dat nooit te hebben in twijfel getrokken; zie b. v. DELVINCOURT, III, 132; DURANTON, IV, 369. Zoo ook DE VRIES, t. a. p., bl. 163—171. Ondertusschen is art. 625 de algemeene regel; maar daarvan wordt juist voor de bijzondere regten van bouwen, planten en graven afgeweken bij dit artikel, dat eigenlijk geheel overtollig zou zijn, indien daarop de bepaling van art. 625 in haar geheel van toepassing was. En nu wordt hier uitdrukkelijk gezegd, dat

---

a) Onteigening is bovendien nog mogelijk krachtens enkele speciale wetten. Zie artt. 23 vlg. der wet van 20 Julij 1870, *Stbl.* n°. 131, tot regeling van het veeartsenijkundig staatstoezigt en de veeartsenijkundige policie; art. 5 der wet van 4 Dec. 1872, *Stbl.* n°. 134, tot voorziening tegen besmettelijke ziekten; art. 14 der wet van 28 Maart 1877, *Stbl.* n°. 35, tot wering van besmetting door uit zee aankomende schepen.

de eigenaar voor die regten van bouwen en planten op, en van bouwen en graven onder den grond geheel vrij is, behoudens alleen de uitzonderingen, wat het eerste betreft, van den vierden en vijfden titel, dat is, uitzonderingen van burgerlijk regt, en wat aangaat het tweede, die der wetten en verordeningen van politie op de mijnen en ontveeningen. Andere uitzonderingen erkent de wet niet; anderen bestaan dus ook voor die regten niet. Zie meer *Themis*, 1848, 433—438. Anders echter *Themis*, 1849, 19—28. Niettemin mag dit stelsel van vrijheid niet zoo verre worden uitgestrekt, dat ook de wijze van bouwen en planten niet voor wijziging bij politie-verordening zou vatbaar zijn. De bepalingen van het burgerlijk regt staan thans niet meer op zich zelve. Zoowel artt. 131 en 140 Gr., als art. 140 der provinciale en art. 135 der gemeente-wet geven aan de provinciale- en gemeente-besturen in het algemeen het regt tot het maken van politie-verordeningen van huishoudelijk belang, bepaaldelijk ook in het belang der openbare orde en veiligheid, en daarmede kan zeer zeker het regt van den eigenaar om te bouwen en te planten meermalen in aanraking komen. Kunnen zij nu al het bouwen en planten niet geheel verbieden, den *modus quo* kunnen zij regelen in het algemeen belang der openbare orde en veiligheid; met andere woorden, zij zijn bevoegd om regels te geven, waaraan de eigenaar bij de uitoefening van zijn regt van bouwen en planten zal gehouden zijn. Minder onbeperkt nog is de eigenaar in het regt om te sloopen wat door hem gebouwd is, omdat reeds bij eene wet van 12 December 1828 (*Stbl.* n°. 65) het aan de provinciale staten en plaatselijke besturen is overgelaten, om daarover te maken zoodanige verordeningen als zij vermeenen te behooren; omdat reeds, naar aanleiding hiervan, onderscheiden dergelijke reglementen gemaakt zijn, en omdat eindelijk ook dit regt van politie thans voor de provinciale- en gemeentebesturen, volgt uit de aang. bepalingen der Gr. en der aangehaalde wetten. Zie meer hierover, W. C. D. OLIVIER, *Proeve over de beperkingen van den eigendom door het politieregt*, bl. 122—132 *a*).

---

a) Ook de bevoegdheid tot bouwen en planten is beperkt door de wet van

§ **377.** De eigendom is een *jus in re*, dat op de zaak, afgescheiden van alle personen, kleeft. Daaruit ontstaat eene regtstreeksche betrekking tusschen de zaak, in eigendom bezeten, en den eigenaar, en die dus zijne regten daarop kan doen gelden, in welke handen zij zich ook bevinden moge, door middel der regtsvordering, bij de Romeinen *rei vindicatio* genoemd. *Tit. D. de R. V.*, § 1 *I. de act.* Hij heeft dit regt tegen iederen houder, dus niet alleen tegen den *possessor civilis*, in den zin van art. 585, maar ook tegen den *nudus detentor*, b. v. tegen hem aan wien hij de zaak in huur, bruikleen of bewaring heeft gegeven, zoo als op goede gronden is aangenomen bij arrest van den hoogen raad van 28 Maart 1844, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, V, 239—255. Hij heeft het alleen niet tegen hem, die de gevindiceerde zaak van een ander in huur, enz. heeft, omdat deze in den zin der wet noch houder, noch bezitter is, en omdat hij niet kan uitmaken de eigendoms-quaestie tusschen twee beweerde eigenaren: *tenet quidem, sed non habet restituendi facultatem.* VOET, *ad tit. D. de R. V.* De eischer heeft wel de actie, maar niet tegen dezen houder, die zich eenvoudig verdedigt met de exceptie: *non actio* CONTRA ME. Men vindt dit alles breedvoerig betoogd in *Handl. tot het Wetb. van B. R.*, *Aant. ad* § 524 *a*).

---

21 Dec. 1853, *Stbl.* n°. 128, houdende bepalingen betrekkelijk het bouwen, planten en het maken van andere werken binnen elken afstand van vestingwerken van den staat. Bovendien heeft de wet van 2 Junij 1875, *Stbl.* n°. 95, ter regeling van het toezigt bij het oprigten van inrigtingen, welke gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken, de bevoegdheid tot oprigting van zoodanige inrigtingen deels beperkt, deels aan zekere voorwaarden onderworpen.

a) Deze onderscheiding vindt geen steun in de wet. Art. 629 kent zoo algemeen mogelijk het regt toe tegen iederen houder, d. i. ieder die in staat is de zaak af te geven. Dat is zoowel hij die de zaak van een derde in huur heeft, als hij die haar van den eigenaar in huur heeft. Dat eerstbedoelde niet kan uitmaken wie eigenaar is, kan een reden zijn om den derde in het geding te roepen, althans hem van den ingestelden eisch kennis te geven; aan den huurder is de verpligting hiertoe uitdrukkelijk opgelegd, art. 1594. Zulks kan echter niet leiden tot de niet-ontvankelijkverklaring van eene vordering, die volgens de duidelijke woorden van het artikel, tegen hem en tegen hem alleen, want hij alleen is houder, kan worden ingesteld. OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art. 629; DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 130—132. Zie ook een arrest van den hoogen raad van 20 April 1882, *W.* n°. 4772.

§ 378. Het regt om zijne zaak op te vorderen, heeft de eigenaar tegen iederen houder, art. 629; maar zijn regt tot terugvordering der vruchten is min of meer beperkt, naar mate de bezitter heeft bezeten te goeder of te kwader trouw, zoo als reeds voorloopig blijkt uit het bepaalde bij de artt. 604 en 605. Die leer der *fructuum perceptio* wordt hier nader ontwikkeld in deze en de volgende §§, en is grootendeels gegrond op de beginselen van het Romeinsche regt over dit onderwerp.

1°. Van den bezitter te goeder trouw derhalve kan men ook bij ons nog zeggen: *fructus percipiendo suos facit.* Hij behoudt voor zich alle de vruchten, die door hem genoten zijn tot op den dag der regtsvordering, zoowel die, welke uit eigen vlijt of arbeid als die op iedere andere wijze ontstaan zijn: »bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est.'' *L.* 48 *Pr. D. de A. R. D.* Hij geeft daarentegen terug alle de vruchten, die na dien dag genoten worden, omdat hij door de vindicatie wordt in verzuim gesteld, en ophoudt te goeder trouw te bezitten, art. 588: »certum est bonae fidei possessores fructus *exstantes* cum ipsa re praestare; *post autem litis contestationes, omnes. L.* 22 *C. de rei vind.* Hij trekt daarvan echter af de kosten, besteed tot verkrijging van die vruchten. De eigenaar zelf zou die kosten ook hebben moeten maken, en de eigenaar moet niet ten koste van den bezitter te goeder trouw verrijkt worden.

2°. Die vruchten komen geheel ten voordeele van den eigenaar; het is dus niet meer dan billijk, dat door hem de daarvoor uitgeschoten kosten worden teruggegeven aan den bezitter, die daaruit noch nut noch voordeel geniet: »quodsi sumptus quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit, aequissimum est, rationem horum quoque in bonae fidei possessoribus haberi.'' *L.* 37 *D. de hered. petit.*

§ 379. 1°. »Qui alienum fundum sciens possederit cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere'' § 35 *J. de R. D.;* »certum est malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare.'' *L.* 22 *C. de rei vind.* De bezitter te kwader trouw moet zelfs teruggeven de vruchten, die hij niet

genoten heeft, omdat de eigenaar door zijne onregtmatige handeling geene schade hoegenaamd lijden moet, maar moet terugkrijgen al datgene wat hij zou gehad hebben, indien hij in het voortdurend bezit zijner zaak gebleven ware, dat is niet altijd alle die vruchten, die de zaak in het algemeen had kunnen opleveren, maar die welke hij er waarschijnlijk uit zou getrokken hebben; zoodat de regter bij de begrooting dier vergoeding wel hoofdzakelijk letten moet op den ijver en de zorgen, die de eischer gewoon is aan zijne andere zaken te besteden. Ofschoon nu wel het bewijs, dat de zaak in zijne handen meer zou hebben opgeleverd, op den eigenaar berust, zal de regter niettemin de hoegrootheid der vergoeding *ex bono et aequo* moeten waarderen, omdat uit den aard der zaak een arithmetisch bewijs hier onmogelijk is, en *quia impossibilium nulla obligatio est. L.* 185 *D. de R. J.*

2°. Omdat hij, die zich te kwader trouw stelt in het bezit van eens anders goed, altijd onregtmatig handelt, en op dien grond gehouden is tot schadevergoeding. Art. 1401.

3°. Van den bezitter te goeder trouw wordt alleen de zaak teruggevorderd, voor zoo verre die nog in zijn bezit is; van den bezitter te kwader trouw wordt de zaak, of, indien deze is verloren gegaan, hare waarde gevorderd, ten zij deze kan bewijzen, dat zij evenzeer bij den eigenaar zou zijn vergaan, zoodat de bezitter te kwader trouw, met afwijking van den regel *casum fortuitum nemo praestat*, zelfs instaat voor toeval of overmagt. De eischer moet de kwade trouw bewijzen, art. 589. Maar, is deze bewezen, dan berust op den gedaagde het bewijs der omstandigheid, dat de zaak bij den eigenaar evenzeer zou zijn verloren gegaan, als door overstrooming, enz.

§ **380.** Ook dat is een gevolg van het beginsel, dat dit geheele onderwerp beheerscht; de eigenaar moet door het bezit noch schade noch voordeel hebben, maar zoo veel mogelijk hersteld worden in den toestand, waarin hij zou geweest zijn, indien hij de zaak altijd in zijne magt behouden hadde. Hij kan niet verpligt worden de kosten te dragen van noodelooze verfraaijingen, die hij misschien niet zou gemaakt hebben; maar hij heeft dan ook evenmin het regt om het genot daarvan te behouden. Hij moet echter

betalen de kosten, ten nutte der zaak aangewend, wanneer het bezit was te goeder trouw, art. 630 *a*). Die kosten zijn misschien niet altijd even gemakkelijk van elkander te onderscheiden, de regter moet dat beoordeelen.

§ **381**. In het algemeen geldt bezit van roerende goederen voor volkomen titel, en is dus de bezitter, omdat hij bezit, eigenaar, zoodat de *rei vindicatio* daarvan niet te pas komt, art. 2014 en beneden *ad* § 1207. Dat art. laat echter eene uitzondering toe ten behoeve van den eigenaar, wiens goederen verloren of gestolen zijn, en die deze gedurende drie jaren kan terugvorderen van hem, in wiens hand zij zich bevinden, onverschillig of hij te goeder of te kwader trouw bezitte. Hij, die van dat regt gebruik maakt, behoeft in den regel den koopprijs niet terug te betalen, die door den bezitter daarvoor besteed is. Het artikel spreekt alleen van verloren of gestolen, dat is door diefstal verkregen, zaken. Het mag dus niet worden toegepast op andere oneerlijke handelingen, b. v. op misbruik van vertrouwen, opligting, enz. Het is eene afwijking van den algemeenen regel, en moet dus bepaald blijven tot het bij de wet uitgezonderde geval *b*).

Ten ware, enz. In al deze drie gevallen mag de kooper veilig verondersteld worden te goeder trouw in den waan te zijn geweest, dat hij de zaak van den eigenaar kocht; en het zou onbillijk zijn, hem, die van het verlies of van den diefstal geene kennis heeft kunnen dragen, tot teruggave te noodzaken, met verlies van den deugdelijk betaalden koopprijs.

§ **382**. Zie hierover den zevenden titel van het tweede boek Wetb. van Kooph., en *Handl. tot het Wetb. van Kooph.*, op dien titel.

Wijzen waarop eigendom verkregen wordt.

Toeeigening.

§ **384**. 1°. Zoo verkrijgt men b. v. door toeeigening (*occupatio*) den eigendom van wilde en andere dieren, voor zoo verre die aan

---

a) Dit bepaalt art. 630 al. 2, maar art. 636 laat de kosten, ten nutte der zaak aangewend, ten laste ook van den bezitter ter goeder trouw. Dien strijd tracht DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 148 en 149, op te lossen.

b) In gelijken zin beslistte de hooge raad bij arrest van 29 Junij 1883, *W.* n°. 4929.

niemand anders toebehooren: *ferae bestiae, et volucres et pisces, et omnia animalia, quae mari, coelo et terra nascuntur simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.* § 12 *J. de R. D.* Zie ook *l.* 3 § 1 *D. de A. R. D.* Doch daartoe is het bij ons noodig, dat men hen gevangen heeft òf op den openbaren weg, òf op zijn eigen grond; want het regt om zich het wild of de visschen toe te eigenen behoort bij uitsluiting aan den eigenaar van den grond, waarop zich het wild, of het water, waarin zich de visschen bevinden, art. 641. Het Romeinsche regt besliste deze vraag anders: *nec interest*, voegt er de aang. § 1 bij, *feras bestias et volucres in suo fundo quis ceperit an in alieno.* De eigenaar had echter het regt ieder, die op zijnen grond wilde komen om te jagen, den toegang daartoe te beletten. Ons art. 641 beperkt het regt om zich het wild toe te eigenen, zoowel op eigen grond als op dien van een ander en op den openbaren weg, door de wetten en verordeningen, op de jagt aanwezig, dat was, tijdens de uitvaardiging van het B. W., door de bepalingen der wet op de jagt en visscherij van 11 Julij 1814 (*Stbl.* n°. 79), waarover verdient gelezen te worden *het Jagtreglement, zoo als het konde zijn in het Kon. der Ned.*, Utrecht 1840, beoordeeld in *Themis*, 1840, bl. 232—241; en J. Malecotius, *Briefw. over de vraag, langs welken weg in de wet van 11 Julij 1814 veranderingen zouden kunnen worden gemaakt.* Die wet is echter vervangen, eerst door die van 6 Maart 1852 (*Stbl.* n°. 47), en later door die van 13 Junij 1857 (*Stbl.* n°. 87) *a*). Eindelijk wordt in de

---

a) Het is volkomen juist dat, ingevolge art. 641 in verband met de wet van 13 Junij 1857, het regt tot toeeigening van wild of visschen alleen toekomt aan den eigenaar van den grond of het water. Het jagen of visschen in strijd met dit verbod is dan ook strafbaar. Dit belet echter niet, dat het gevangen wild enz. door toeeigening de eigendom wordt van hem die het, zij het dan ook zonder daartoe bevoegd te zijn, gevangen en in bezit genomen heeft. Immers het regt tot toeeigening den eigenaar van den grond toekomende, geeft hem wel de bevoegdheid om door occupatie den eigendom te verkrijgen, maar is niet de toeeigening zelve. Waar de toeeigening is geschied door een ander, verkrijgt deze door die daad den eigendom. Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., 236; Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., 42.

aang. § 12 *I. de R. D.* geleerd, dat de eigendom van een wild dier slechts zoo lang behouden wordt, als men het in zijne bewaring heeft, maar dat, wanneer het éénmaal ontvlugt is, het weder eene *res nullius* wordt. En het schijnt, dat men hetzelfde ook bij ons voor waar moet houden, omdat die dieren, uit hunnen aard aan niemand toebehoorende, en alleen door toeeigening de eigendom van iemand wordende, tot hunnen vroegeren staat terugkeeren, zoodra zij hunne natuurlijke vrijheid weder zijn magtig geworden.

Onroerende zaken worden nimmer door toeeigening verkregen, maar behooren aan den staat, indien zij geenen eigenaar hebben, art. 576.

2°. De bepalingen omtrent den schat zijn geheel overeenkomstig de Romeinsche en Fransche wet. Men verstaat daardoor elke verborgen of begraven zaak, waarop niemand zijn regt van eigendom kan bewijzen, en die door een louter toeval ontdekt is, art. 642: *vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat. L.* 31, § 1, *D. de A. R. D.* De schat behoeft echter niet noodzakelijk in geld te bestaan; het kunnen ook edelgesteenten, gedenkpenningen, enz. zijn: al zoodanige zaak, zegt het artikel, mits die zij òf verborgen, dat is, in een huis, òf begraven onder den grond. Die eenen schat op eigen grond vindt, bekomt daarvan den geheelen eigendom, omdat de eigendom van den grond medebrengt den eigendom van hetgeen op en in den grond is, art. 626; en daartoe is het dus niet eens noodig, dat hij bij toeval gevonden worde.

§ **385.** Zal de vinder de helft van den schat krijgen, dien hij op eens anders grond vindt, dan wordt daartoe bovendien vereischt: 1°. dat de gevonden zaak inderdaad geenen eigenaar hebbe, omdat het gebeuren kan, dat men, het zij bij gelegenheid van brand, het zij bij de nadering van den vijand, of in andere dergelijke gevaarlijke omstandigheden, met opzet eene zaak verbergt, juist om haar te behouden en te bewaren, in welk geval er, volgens art. 1740, niets anders dan eene bewaargeving uit noodzaak bestaat; 2°. dat de zaak bij toeval gevonden zij, en hij, die, met het oogmerk om eenen schat te vinden, op eens anders goed gaat zoeken

of graven, moet alles wat hij vindt aan den eigenaar teruggeven; de reden hiervan is, omdat anders ieders eigendom zou blootgesteld zijn aan schadelijke en lastige onderzoekingen en ontgravingen van elken begeerige, die goed mogt vinden, om zich, door het zoeken van schatten, te verrijken, art. 642. Zie voorts § 39 *I. de R. D.; l. un. Cod. de thes.;* art. 716 *C. N.;* Toullier, III, 34—36; Delvincourt, III, 112—114. Wanneer de eigenaar van een erf, vermoedende dat daarin een schat begraven ligt, werklieden huurt, om dien uit te graven, behoort dan de helft van den schat, als hij gevonden wordt, aan de werklieden? Neen; want 1°. wordt de eigenaar zelf geacht dien gevonden te hebben door tusschenkomst der werklieden, die alleen beschouwd worden als werktuigen, waarvan hij zich bediend heeft; 2°. hebben zij het geld niet b ij t o e v a l gevonden, en er bestaat dus, in den zin der wet, voor hen geen schat, maar alles keert terug tot de algemeene bepaling van art. 626. — Anders zou het zijn, wanneer werklieden, tot een ander bepaald doel gehuurd, bij gelegenheid hunner werkzaamheden, bij toeval een schat vonden. In dat geval zouden zij aanspraak hebben op de helft.

Natrekking.

§ **389.** 3°. Overeenkomstig art. 563 *C. N.*, doch verschillende van het Romeinsche regt. De Romeinsche regtsgeleerden namelijk, die, ook in andere opzigten, de strenge regtsbeginselen, met terzijdestelling van de regelen der billijkheid, wel eens al te ver doordreven, waren van begrip, dat de verlaten bedding van eenen stroom of van eene rivier *jure alluvionis* behoorde aan de eigenaars der aangrenzende landen, en dat de nieuwe bedding, even als de rivier, *publici juris* werd. § 23 *I. de R. D.: prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam sit; novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus et ipsum flumen, id est publici.* Zie ook *l.* 38 *D. de A. R. D.;* P. A. de Lange, *Diss. de Alfeni Vari Digg. a Paulo epitomatorum fragm.*, L. B. 1835, 88—92. Deze leer moge nu naar streng

logische redenering waar zijn; maar zij had de groote hardheid, van den eigenaar van verdronken land alle schadeloosstelling te weigeren, om anderen, die niets verloren hadden, te verrijken. In dit opzigt verdient de nieuwe leer zeker de voorkeur.

4°. Dit is eene uitzondering op den algemeenen regel: *quidquid fundo accedit, fundo cedit.* Want hier is het niet de eigendom van den grond, die medebrengt den eigendom van dat wat op den grond is, maar het is integendeel uit kracht van dit laatste, dat men eigenaar van den grond wordt *a*).

5°. Door aanspoeling worden verstaan de aanslibbingen en aanwassen, die natuurlijk, langzamerhand en ongemerkt, aan de landen bij een loopend water gelegen aangroeijen, art. 651: *incrementum latens, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligere non posses, quantum quoquo momento temporis adjiciatur*, § 23 *I. de R. D.* De Romeinen noemden dit *alluvio*, in tegenoverstelling van *avulsio* (§ 21 *I. eod.*), die ook bij ons plaats heeft indien een stuk lands, door het geweld van den stroom, in eens van het ééne land afgescheurd en aan het andere aangeworpen wordt, en waardoor geen eigendomsregt van het afgescheurde stuk lands overgaat aan hem, aan wiens land het aangeworpen is, ten zij de eigenaar drie jaren lang verzuime zijn regt daarop te doen gelden, art. 654. De aanspoelingen, daarentegen, komen van regtswege dadelijk ten voordeele van de eigenaars van den oever, zonder eenige regterlijke bemoeijingen of formaliteiten. Oudtijds moest hier te lande die in-bezit-stelling geschieden door den regter, en ging zij van eene menigte zinnebeeldige plegtigheden vergezeld. *Regtsg. Bijdr.*, IX, 170—174.

§ 390. 3°. *Specificatio.* Het hier bepaalde is geheel nieuw. Het Romeinsche regt onderscheidde, of de nieuwe zaak al dan niet tot haren vorigen vorm kon worden teruggebragt. Zoo ja, dan werd de meester der stof eigenaar van het nieuwe voorwerp; zoo neen, dan verbleef de zaak aan den maker, § 25 *I. de R. D.* Zoo was het ook in het oud-Hollandsch regt, DE GROOT, *Inl.*, II, 8, 2, 3. Art. 570 *C. N.* gaf in allen gevalle aan den eigenaar

---

a) Hetzelfde geldt van het bij art. 646 bepaalde.

der stof het regt om de zaak, tegen de betaling van het werkloon, op te vorderen.

Ook de leer der *commixtio* en *confusio*, die hier behandeld wordt, is veel vereenvoudigd, door weglating der menigte fijne en onzekere onderscheidingen, zoo als die in art. 566—577 *C. N.* meestal uit het Romeinsche regt waren overgenomen.

Voorwerp van eene nieuwe soort *a*).

Mits hij den prijs der stof betale enz. *b*).

Levering.

§ **392.** Over de levering in het algemeen naar ons tegenwoordig regt, zie *Ned. Jaarb.*, IX, 296—338. Wel is de overeenkomst van koop en verkoop tusschen de partijen voltrokken, zoodra deze het eens zijn over de zaak en den prijs, en is de schenking voldongen door de wederzijdsche toestemming om de zaak te geven en aan te nemen, artt. 1494, 1703, 1720. Doch het gevolg van beide overeenkomsten is alleen, dat de kooper of de begiftigde daardoor het regt verkrijgt, om de zaak van den verkooper of van den schenker te vorderen, zonder dat er nog ten behoeve van den eersten eigendoms-overgang plaats hebbe; daartoe wordt altijd vereischt de levering der zaak, artt. 1495, 1723. De overeenkomst is slechts *titulus*, geen *modus acquirendi dominii.* Zie voorts Eerste Ged., bl. 105, 106.

§ **393.** 1°. Levering van roerende zaken geschiedt door de enkele overgave. Daaruit volgt echter niet, dat er voor die levering altijd noodig is eene overgifte van hand tot hand; maar daartoe is voldoende iedere handeling, waardoor de zaak wordt gesteld

---

a) De zaak moet iets anders zijn geworden dan zij vroeger was. Het vroegere voorwerp moet als zoodanig niet meer bestaan, en een nieuw daarvoor zijn in de plaats getreden, b. v. wanneer ik van een mij niet toebehoorend stuk marmer een standbeeld maak.

b) Te regt is beslist door den hoogen raad bij arrest van 21 Junij 1875, *W.* n°. 3894, dat niet eerst door de vergoeding van den prijs en zoo daartoe gronden zijn, van kosten, schaden en interessen, maar direct door de vervaardiging van het voorwerp, de maker den eigendom verkrijgt. De woorden mits hij betale hebben geen anderen zin dan de woorden onder gehoudenis om te voldoen in art. 663. Anders echter *Jurid. Spect.*, II, 85.

onder de magt en in het bezit van den verkrijger. Overgifte van hand tot hand is van vele zaken en in vele gevallen niet mogelijk, en de levering zou daarvan in het geheel niet kunnen geschieden. Hetzelfde leert ook het Romeinsche regt, waaruit alle de bepalingen onzer wet over levering zijn overgenomen: *non enim est corpore et tactu necesse apprehendere possessionem sed etiam oculis et affectu.* *L.* 1, § 21, *l.* 51 *D. de acq. vel am. poss.;* zie arrest van den hoogen raad van 26 November 1841, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, III, 66—87. — Levering is echter niet noodig, indien de verkrijger de zaak reeds uit kracht van een anderen titel in zijne magt heeft, art. 667. — De hooge raad acht bij een ander arrest, van 7 Junij 1861, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXV, 312—323, deze bepaling o. a. van toepassing op het geval, dat roerende goederen zich bevinden in een gebouw en dat zij gelijktijdig daarmede zijn verkocht, nadat de titel in zijn geheel is overgeschreven in de openbare registers. De hooge raad vergeet daarbij echter, dat overschrijving van een titel in geen geval een middel is om den eigendom te verkrijgen van roerende goederen.

2°. De wezenlijke overgifte zou hier niet mogelijk zijn, evenmin altijd die van den titel der schuldvordering, die verloren geraakt zijn, of ook wel in eene enkele boekschuld bestaan kan. Men moest dus zijne toevlugt nemen tot eene *traditio ficta;* te meer, daar toch ook de titel, al kon die gegeven worden, niet zoo zeer de eigenlijke schuldvordering als wel het bewijs daarvan is.

4°. Het *regl. op de inschrijv. in het grootb. der nat. schuld.* is vastgesteld bij besluit van den souvereinen vorst van 2 December 1814 (*Stbl.* n°. 111). Men vindt voorts alle de verordeningen over de nationale schuld en over het grootboek in de *Verz. van wetten* van VAN HASSELT, VII, bl. 1—176 *a*).

6°. Ook de wezenlijke overgifte van onroerende goederen is onmogelijk, en men heeft daarin, in de verschillende wetgevingen, op verschillende wijzen voorzien. Oudtijds had zij, zoo hier te

---

a) Zie omtrent de wetgeving op de grootboeken der Nationale schuld, het in 1882 verschenen werk van Mr. J. F. NEEB.

lande als elders, door zinnebeeldige plegtigheden plaats, zoo als door het wegwerpen van eenen halm, indien het landerijen, of van eenen splinter of een stuk hout, indien het huizen gold. *Regtsg. Bijdr.* VI, 74; VII, 233, 234; IX, 156—159. Maar opmerkelijk is vooral die oude plegtigheid, die bekend was onder den naam van *aurium tractatio* of *recooren*, en die daarin bestond, dat men den koop sloot in tegenwoordigheid van een zeker getal getuigen, veelal kinderen, aan wie men verhaalde, dat A zijn huis of land overdroeg aan B, en die men vervolgens, opdat zij zich het gebeurde lang zouden herinneren, bij de ooren trok, *Regtsg. Bijdr.*, IX, 166. — Later geschiedde in Holland de overdragt ten overstaan van den regter, DE GROOT, *Inl.*, II, 5, 13. Art. 1605 *C. N.*, eindelijk, vorderde de overgifte der sleutels of eigendomsbewijzen. Thans geschiedt de levering door overschrijving in de openbare registers, zoodat de levering van onroerende goederen eigenlijk niet bestaat in eene daad van hem, die levert, maar van hem, aan wien geleverd wordt. Hij toch, die een huis of ander vast goed gekocht heeft, behoeft slechts zelf, zonder medewerking of toestemming des noods van den verkooper, zijne akte in de registers te doen inschrijven, om eigenaar te worden. Door den enkelen verkoop gaat nooit eigendom over, ook niet met betrekking tot de fiscale wetten, en de hooge raad heeft daaruit bij een arrest van 20 Mei 1842, bij VAN DEN HONERT, Afd. *Zegel*, enz., II, 161—172, afgeleid, dat de regten van overgang, die eerst door de levering zouden verschuldigd worden, ook niet op de koopakte kunnen worden geheven. De wet van 22 *Frim.*, VII, art. 69, § 7, n°. 1, spreekt echter van *actes de vente.* Zie voorts hierover meer *Ned. Jaarb.*, I, 104—119, 389—393, II, 65—88. De hooge raad besliste nog op goede gronden bij een arrest van 7 November 1862, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXVII, 54—65: 1°. dat nadere medewerking of toestemming van den verkooper niet noodig is voor overschrijving van den titel, omdat die reeds van zelven begrepen is in den koop *a*); en 2°., dat, indien de overschrijving volgens het koop-

a) Wanneer daarentegen in het geval voorzien bij het tweede lid van art. 671, de

contract eerst mag geschieden na zekeren tijd, vroegere overschrijving geene eigendoms-overgang ten gevolge heeft *a*). — Maar wat nu in geval van boedelscheiding? Is ook de overschrijving der acte van scheiding een noodzakelijk vereischte, om den erfgenaam te maken tot eigenaar der goederen, die hem daarbij worden aanbedeeld? Ja, het is waar, dat de erfopvolging op zich zelve reeds een middel is van eigendoms-verkrijging, art. 639, en dat derhalve, indien er één erfgenaam is, deze van regtswege en zonder eenige andere formaliteit eigenaar wordt van alle goederen door den erflater nagelaten, artt. 880, 881. Maar het is niet minder waar, dat, indien er meer erfgenamen zijn, die eigendom krachtens het erfgenaamsregt wordt verkregen, niet door ieder der erfgenamen *individueel*, maar door allen gezamenlijk. En nu wordt bij de akte van scheiding juist de eigendom door de gemeenschap, door den boedel overgedragen aan ieder deelgenoot voor zijn aandeel; art. 1129 vooronderstelt dan ook de overschrijving van de akte van scheiding. Te vergeefs zegt men, dat, ingevolge het bepaalde bij art. 1129, ieder mede-erfgenaam geacht wordt te zijn opgevolgd in alle de hem toebedeelde goederen, en dat hij bij gevolg dien eigendom niet verkrijgt door de scheiding, maar enkel en alleen door den dood des erflaters. Daaruit toch volgt niets anders dan dat de scheiding eene terugwerkende kracht heeft; maar het belet niet, dat bij de scheiding de gezamenlijke erfgenamen hunne regten op ieder stuk goed, tot dus verre door hen gemeenschappelijk uitgeoefend, wederzijds aan elkander overdragen en leveren. Het woord onmiddellijk moet in art. 1129 worden opgevat, niet in den zin van dadelijk, maar in zijne meer gewone beteekenis van regtstreeks. Zie arrest van den hoogen raad van 31 Augustus 1849, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XI, 1—15, en *Themis*, 1843, bl. 134—157; anders echter aldaar, bl. 26—33, en *Regtsg. Adv.*, IV, 99—104, waar hoofdzakelijk de leer ver-

---

levering geschiedt door overschrijving niet van de akte zelve, maar van een authentiek uittreksel daarvan, wordt daartoe de schriftelijke toestemming van den verkooper vereischt.

a) Zie nog in gelijken zin 's hoogen raads arrest van 14 Mei 1875, *W.* n°. 3853.

dedigd wordt, dat de scheiding niet is *attributif*, maar bloot *déclaratif de propriété a*).

Eindelijk verdient nog opmerking, dat hoezeer onder de algemeene uitdrukking van onroerende goederen misschien zoo wel onligchamelijke als ligchamelijke zaken kunnen worden begrepen, het artikel nogtans kennelijk alleen deze laatste op het oog heeft. Wel moet in de meeste gevallen ook de titel van aankomst van zakelijke regten worden overgeschreven in de registers; maar dat geschiedt dan uit kracht van bijzondere wetsbepalingen; zie b. v. artt. 743, 767, 784, enz., die geheel overtollig zouden zijn, indien het voorschrift van art. 671 reeds op alle die regten van toepassing was. Verg. *Ned. Jaarb.*, IX, 311, 312.

Dat hij, die gekocht of op andere wijze bij eene in den vorm wettige acte den eigendom eener onroerende zaak verkregen heeft, wanneer zijne acte behoorlijk is overgeschreven, niet nog heeft te bewijzen het regt van zijnen verkooper en van alle diens voorgangers; maar dat hij, althans tot een ander beter regt bewijst, moet worden erkend als eigenaar, spreekt van zelve. Zulk een bewijs is in den regel onmogelijk; en door dat te vorderen zou men feitelijk iedere andere eigendoms-verkrijging dan door bezit en verjaring onmogelijk maken. — Anders echter arrest van den hoogen raad van 23 Januarij 1874 (*Weekbl.* n°. 3686).

---

a) De hooge raad heeft beslist bij arrest van 7 April 1876, *W.* n°. 3971, dat de eigendom van bij scheiding toebedeelde goederen, overgaat aan de deelgenooten, ook vóór de overschrijving der acte, en dat deze terugwerkende kracht der scheiding niet moet worden beperkt tot de verdeeling van eene nalatenschap, maar ook geldt ten opzigte van elke gemeenschap, ingevolge art. 628.

TITEL IV.

VAN DE REGTEN EN VERPLIGTINGEN TUSSCHEN EIGENAARS VAN NABURIGE ERVEN.

(Artt. 672—720. EERSTE GEDEELTE, § 394—425, bl. 120—126.)

Geschriften: ASSER, 263—268; VOORDUIN, III, 468—490; DIEPHUIS, III, 195—278; OPZOOMER, II, 81—86; OPZOOMER, *B. W.*, III, 313—365; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VI, 164—302; S. A. FOCKEMA ANDREAE, *Beschouwingen over burenrecht*, Leiden 1868.

De *C. N.* (art. 639) onderscheidt drie soorten van erfdienstbaarheden (*servituten*), de wettelijke, natuurlijke en conventionnele. Tot de beide eerste soorten werden gebragt de regten en verpligtingen tusschen naburige eigenaars, ontstaande òf uit de natuurlijke ligging der erven, òf uit kracht der wet. Men heeft bij ons, uit hoofde van de wezenlijke verschillen tusschen die zaken, die onderwerpen gesplitst. Eene erfdienstbaarheid ontstaat alleen uit overeenkomst, somtijds door verjaring; de regten, daaruit voortspruitende, zijn geheel afhankelijk van de bepalingen der partijen *a*); zij werken alleen ten voordeele of ten nadeele van het heerschende en dienstbare erf (art. 721, 722, enz.). De regten en verpligtingen, waarvan hier gehandeld wordt, en die men vroeger gebouw-quaestiën noemde (*Nieuwe Regtsg. Bijdr.*, I, 91, 92) daarentegen ontstaan alleen uit kracht der wet; zij zijn wederkeerig en gelijk voor alle eigendommen; zij strekken tot nut, gemak en gerief van alle eigenaars; algemeene belangen liggen daaraan bij voorkeur ten grondslag. Nog moet hier in het

---

a) Dit laatste geldt alleen van de erfdienstbaarheden die uit overeenkomst ontstaan. Daarentegen hebben alle erfdienstbaarheden dit gemeen — en juist daarin onderscheiden zij zich van de regten en verpligtingen in dezen titel behandeld —, dat, terwijl de eerste haar ontstaan te danken hebben aan 's menschen toedoen, „*par le fait de l'homme*", gelijk het opschrift van het derde hoofdstuk van boek II, titel IV, C. C., luidt, de laatste door den wetgever zijn erkend op grond van de natuurlijke ligging der erven.

algemeen worden opgemerkt, dat in dezen titel bijna overal naar plaatselijke verordeningen en gebruiken verwezen wordt, die over die onderwerpen schier overal bestaan, en waaraan het zoo nadeelig als ondoenlijk zijn zou, door algemeene regelen hare kracht te ontnemen, juist omdat de regeling daarvan voor een zeer groot deel geheel van plaatselijke omstandigheden afhankelijk is. Zie meer hierover *Bijdr. voor Staatsregt*, enz., V, 209—232, waar o. a. geleerd wordt: 1°. dat niet bij verordening kan worden uitgemaakt of verklaard, wat het gewoonte-regt voor zekere zaken is; en 2°. dat hier bedoeld zouden worden verordeningen van politie en niet van burgerlijk regt. Het eerste kan waar zijn; maar het tweede is geheel onaannemelijk. Als het B. W. voor de regeling van onderwerpen van burgerlijk regt verwijst naar verordeningen, dan heeft het politie-regt daarmede niets gemeens, en dan kan daarbij aan niets anders gedacht zijn dan aan verordeningen van burgerlijk regt *a*).

Algemeene bepalingen.

§ **394** *b*).

§ **395**. 1°. Het lagere erf moet het water ontvangen, dat natuurlijk, d. i. door de natuurlijke ligging der erven van het hoogere daarop afloopt. Daaruit volgt van zelf het verbod voor den eigenaar van het hoogere erf om zoodanige kunstwerken te maken, waardoor eene uitwatering, het zij geopend, het zij bevorderd wordt, en voor dien van het lager erf, om dijken, dammen of andere werken op te werpen, die de uitwatering beletten of belemmeren. Wat de wet wil, is eenvoudig, dat beide eigenaren den waterloop moeten dulden, zoo als de natuur zelve dien heeft

---

a) In gelijken zin *Themis*, jg. 1878, 1—12.

b) De hier gemaakte theoretische onderscheiding is geheel in overeenstemming met art. 672, maar vindt geen steun in de volgende bepalingen van den titel. Alle de in dezen titel behandelde regten en verpligtingen vloeijen voort uit de wet. De natuurlijke ligging der erven is voor den wetgever de aanleiding geweest om deze regten en verpligtingen te scheppen, en zonder zijne uitspraak zouden zij niet bestaan. Zie boven, de algemeene beschouwingen over dezen titel.

daargesteld, zonder daaraan eenige verandering te mogen maken. Van daar dan ook, dat men aan de letterlijke beteekenis der woorden hooger en lager niet te veel hechten moet. Lager erf, in den zin van dit artikel, is dat, waarop het water van het aangrenzend erf van zelf en natuurlijk afloopt, en hooger erf bij gevolg dat, hetwelk zijn water op het andere erf, lager genoemd, loost *a*).

2°. De eigenaars der lager gelegen erven, die verpligt zijn het water van het hooger erf te ontvangen, hebben echter niet wederkeerig regt op het genot van dat water, ten zij zij door titel of verjaring regt hebben gekregen op de erfdienstbaarheid, bedoeld bij art. 745. Alleen dan, als de bron het noodzakelijke water verschaft aan de gezamenlijke inwoners van eene stad, dorp of gehucht, mag de loop der bron door de eigenaren niet worden veranderd, althans niet zoodanig, dat daardoor dat genot het zij geheel ophoude, het zij slechts verminderd of ongemakkelijker gemaakt worde. Dat regt kan intusschen nooit worden ingeroepen ten behoeve van sommige individuële inwoners; het bestaat alleen ten behoeve van de geheele plaats, en alleen als deze het noodzakelijke water uit de bron ontvangt, en dit dus niet van elders verkrijgen kan. Maar in dat geval ook behoeft noch verjaring, noch titel te worden aangevoerd; de omstandigheid, dat het gebruik buitendien op eene wettige wijze verkregen is, heeft alleen ten gevolge, dat de eigenaar der bron geene schadeloosstelling vorderen kan, waarop hij anders aanspraak heeft.

3°. Zoodra de eigenaar van de bron geen gebruik maakt van het regt, hem bij art. 674 toegekend, maar haar maakt tot een stroomend water, wordt het genot daarvan gemeen voor alle de eigenaren der aangrenzende erven, langs den oever: *ex flumine aquam ducere plures possunt, ita tamen ut vicinis non noceant; vel si angustus amnis sit, etiam ei qui in alia ripa sit. L.* 3, § 1, *D. de aq. cott.* Dit laatste is ook bij ons waar. De wet onderscheidt niet, en het regt is dus hetzelfde voor de erven van beide oevers. Het is niettemin daartoe noodig, dat het water niet

---

a) In gelijken zin beslistte de hooge raad bij arrest van 22 Maart 1878, *W.* n°. 4238.

behoort tot het openbaar domein; de bevaarbare en vlotbare rivieren behooren aan den staat, art. 577, en particulieren hebben daarop geene regten.

4°. In het algemeen kan niemand verpligt worden in gemeenschap te blijven, art. 1112; en dit regt, aan de eigenaren van naburige erven gegeven, is een uitvloeisel van dat beginsel. Zie TOULLIER, III, 169, 170 *a*). Het regt om afscheiding te vragen, of om de *actio finium regundorum* in te stellen, komt niet uitsluitend toe aan den eigenaar, ofschoon de woorden van het artikel dit zouden kunnen doen vooronderstellen; ook de vruchtgebruiker, aan wien art. 828 alle zakelijke regtsvorderingen geeft, die de wet aan de eigenaren toekent, en in het algemeen ieder, die de regten van den eigenaar op het erf uitoefent, kan van die actie gebruik maken. Zie TOULLIER, III, 181. Anders echter, PARDESSUS, *Tr. des serv.*, n°. 118.

5°. Die afsluiting moet echter geschieden voor zijne kosten, zonder dat hij die geheel of gedeeltelijk van zijne naburen kan terugvorderen, althans indien het landelijke eigendommen geldt, die dit artikel alleen op het oog heeft, want in de steden en aaneengebouwde dorpen geeft art. 690 den eigenaar eene actie tegen zijnen buurman, om in de kosten der afsluiting bij te dragen. Zie beneden *ad* § 399.

§ 396. 1°. Zie hierover C. SLICHTENBREE, *Diss. de muris, fossis et sepibus intermediis.* L. B. 1838.

Gemeene scheidings-muren, grachten, slooten of heggen, regenbakken. enz.

§ 397. De gemeenheid van den scheidsmuur is slechts een vermoeden der wet, dat voor tegen-bewijs zwicht, zoo dikwijls

---

a) Of het regt toegekend bij art. 678 is te beschouwen als een uitvloeisel van het beginsel aan art. 1112 ten grondslag liggende, betwijfel ik. Bij laatstgemeld artikel wordt vooronderstеld medeeigendom van iets, dat in zijn geheel aan meerdere personen te zamen toebehoort. Het artikel kent de bevoegdheid toe dien medeeigendom te doen eindigen. Hier bestaat zoodanige gemeenschap niet. Ieder heeft zijn eigendom, dat hem alleen toebehoort. Alleen ontbreekt een zigtbaar teeken waar ieders eigendom eindigt, en tot het maken daarvan kan de eene eigenaar den ander, krachtens art. 678, noodzaken.

het zij door titel, het zij door teekenen van het tegendeel blijkt. Over de teekenen van niet-gemeenschap handelt het volgende art. 682. De titel, waaruit daarvan blijken kan, behoeft niet juist eene akte te zijn, waarbij uitdrukkelijk wordt overeengekomen, dat de scheidsmuur niet gemeen zal zijn; iedere titel, waaruit blijkt, dat de eigenaren den muur beschouwen of beschouwd hebben als den bijzonderen eigendom van één hunner, is daartoe voldoende. De muur is, in den regel, gemeen indien: 1°. hij dient tot afscheiding van twee gebouwen, niet van een gebouw en een onbebouwd erf, omdat bij n°. 2 van het volgende art. juist als teeken van niet-gemeenschap wordt opgegeven, indien de muur aan de ééne zijde een gebouw of terras steunt of schraagt, zonder dat aan de andere zijde een gebouw of werk is, zoodat in dat geval de niet-gemeenheid vermoed wordt, behoudens natuurlijk bewijs van het tegendeel, door eenen titel, waarbij dit is overeengekomen, of waaruit dat klaarblijkelijk volgt; en 2°. hij dient tot afscheiding van twee aangrenzende erven, onverschillig of die van dezelfde of van verschillende soort zijn, zoodat de muur gemeen is, zoowel indien hij een tuin en een wei- of bouw-land, als indien hij twee tuinen of twee landerijen scheidt; want daaromtrent maakt de wet geen onderscheid. Wanneer eindelijk de twee gebouwen, die door den muur van elkander afgescheiden worden, niet even hoog zijn, is de muur slechts gemeen tot op de hoogte van het laagste gebouw, omdat de eigenaar daarvan niet kan geacht worden mede-eigenaar te zijn van een muur, dien hij niet noodig heeft, en die zijn gebouw niet schraagt, zoodat het dan ook waarschijnlijk de bedoeling niet zal geweest zijn, onder die laatste gebouwen het dak mede te begrijpen, maar integendeel om dien muur slechts gemeen te maken tot op de hoogte, waar het dak van het laagste gebouw begint, ofschoon de woorden van het artikel eigenlijk dit niet zeggen. Zie SLICHTENBREE, pag. 30, 31.

§ **398.** Men moet hierbij in het algemeen opmerken: 1°. dat hier slechts voorbeelden gegeven worden van teekenen, die het vermoeden van gemeenheid doen vervallen, die andere gelijksoortigen niet uitsluiten, omdat het artikel is *enuntiatief*, niet

limitatief; 2°. dat die teekenen alleen dat vermoeden wegnemen, en doen plaats maken voor het tegenovergestelde vermoeden van niet-gemeenheid, zoo echter, dat ook tegen dit vermoeden tegenbewijs is toegelaten, omdat niets verhindert om bij overeenkomst te bedingen, b. v., dat de muur die aan den éénen kant schuins afloopt, niettemin een gemeene muur zijn zal; en 3°. dat de wet zelve bepaalt, wie in het tweede en derde geval wordt aangemerkt als eigenaar van den muur, hij namelijk, aan wiens kant het gebouw, de tuin, of de vooruitstekende werken gevonden worden. Maar wat in het eerste geval? Daarover beslist de wet niet, en opzettelijk niet, omdat men meende, dat dit kon afhangen van omstandigheden, die *a priori* niet allen kunnen voorzien worden; de regter zal dit dus in ieder geval moeten beslissen. In den regel echter zal wel voor eigenaar moeten gehouden worden hij, aan wiens zijde de muur schuins afloopt, en op wiens erf het water afloopt. Zie PARDESSUS, n°. 162.

2°. Gebouw of ander werk. Het ware misschien voldoende geweest van gebouwen alleen te spreken; daaronder zouden toch ook terrassen, schuren, loodsen, enz., die men nu met de wel wat vreemde benaming van ander werk heeft willen aanduiden, zijn begrepen geweest.

3°. Indien het niet een noodzakelijk vereischte ware, dat reeds bij het bouwen van den muur de kappen enz. geplaatst waren, dan zou het altijd van de eigendunkelijke handeling afhangen van één der eigenaren, om ten zijnen behoeve het vermoeden te scheppen van uitsluitend eigendom van den gemeenen muur.

§ **399.** Art. 661 *C. N.* bepaalde integendeel, dat ieder nabuur, door de helft der waarde te betalen, zich den mede-eigendom van den scheidsmuur verschaffen kon. Onze wet heeft dit te regt beschouwd als eene inbreuk op het eigendoms-regt; en de *ratio legis* van ons artikel is, dat niemand tegen zijn zin moet genoodzaakt worden zijn eigendom aan een ander af te staan, een regt, bij art. 147 Gr. aan alle ingezetenen van den staat verzekerd.

Doch ieder, enz. In steden, die altijd aaneengebouwd zijn, bestaat dat regt altijd; in voorsteden en dorpen alleen dan, als

zij aaneengebouwd zijn, d. i. als de eigendommen onmiddellijk aan elkander grenzen, en niet op grootere of kleinere afstanden van elkander hier en daar verspreid zijn. Vlekken zullen wel behooren òf tot steden òf tot dorpen; gehuchten en buurten echter niet; zoodat daarop de bepaling van dit artikel, ook al zijn zij aaneengebouwd, niet kan worden toegepast *a*).

Maken of stellen *b*).

§ **400**. De mede-eigenaar kan alleen dan door afstand zich bevrijden om tot de kosten van reparatie en herstel bij te dragen, indien de muur zijne eigendommen niet ondersteunt of beschermt; maar hij kan daardoor niet de kosten van een muur, dien hij zelf noodig heeft, brengen ten laste van zijnen nabuur.

§ **401**. Alle deze regten van den gemeenen eigenaar berusten op het beginsel, dat de helft van den gemeenen muur zijn eigendom is, waarmede hij naar goedvinden kan handelen, zonder nogtans de regten van den mede-eigenaar te verkorten of te benadeelen. Een gevolg hiervan is, dat hij den muur, zelfs niet voor de helft, van de zijde van zijn erf mag afbreken of vernietigen, omdat daardoor de muur zelf wordt beschadigd en in waarde vermindert; *parietem qui naturali ratione communis est*, *alterutri vicinorum demoliendum jus non est; quia non solus dominus est. L.* 8 *D. de serv.*

§ **402**. In dat geval kan niet gezegd worden dat de mede-eigenaar, die den muur verhoogd heeft, op die wijze genoodzaakt wordt zijn eigendom af te staan, zie boven *ad* § 399. De muur was gemeen vóór de verhooging, en hij blijft het daarna. En het is niet meer dan billijk, dat hij, die altijd mede-eigenaar geweest is, het regt hebbe om deel te krijgen in de verbetering of uitbreiding, die de muur ondergaat *c*).

---

a) Anders, wat dit laatste betreft, Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., 332, noot 1.

b) Maken en stellen duiden hetzelfde aan. Bedoeld is hetgeen in art. 780 van het wetboek 1830 juister werd uitgedrukt: opbouwen of herstellen.

c) Werkelijk verklaarde de Regering, dat tusschen deze bepaling en die van art. 688, wat de beginselen betreft, geen strijd bestaat. Voorduin, III, 476, *ad* art. 687. De juistheid dezer bewering mag echter betwijfeld worden. Terwijl in art. 688 het strenge regt heeft gezegevierd, heeft men in art. 687 aan de billijkheid de voorkeur gegeven.

§ **404**. Ook deze bepalingen hebben hetzelfde beginsel tot grondslag als die van § 401 hier boven.

§ **405**. Zie boven *ad* § 397.

§ **406**. Die zijn eigen gracht of sloot alleen graaft of schoonhoudt, zal natuurlijk ook de aarde of bagger daarvan alleen op zijn erf werpen. Het is daarom ook, dat de aanwezigheid van de kade of opgeworpen aarde aan de éène zijde der gracht of sloot het vermoeden van gemeenen eigendom uitsluit, al is die aarde dáár juist niet dadelijk bij het graven der gracht geworpen. Voor het overige zij ook hier opgemerkt, dat, even als in de gevallen van art. 682, dat teeken slechts een vermoeden oplevert, waartegen tegen-bewijs is toegelaten, en dat dit éène voorbeeld der wet geene andere gelijksoortige teekenen uitsluit, indien de regter begrijpt, dat daaruit vermoeden of bewijs van niet-gemeenheid kan worden afgeleid. Zie boven *ad* § 398.

§ **408**. Zie boven *ad* § 397. Opmerkelijk echter is het, dat, terwijl bij muren, grachten en slooten het vermoeden van gemeenheid alleen wordt vernietigd door titel of teeken, hier ook nog gesproken wordt van b e z i t. Als reden van dat verschil wordt opgegeven, dat het bezit van heggen zich meer dan dat van muren of slooten door uiterlijke daden zou kunnen openbaren. Zie SLICHTENBREE, pag. 74, 75. De juistheid der opmerking mag echter zeer worden betwijfeld. Het schoonhouden, het herstellen van eenen muur, het uitbaggeren van eene sloot, het visschen, het varen daarin, dat alles is niet minder zigtbaar dan het scheren, snoeijen of schoonhouden eener hegge. Het mag dan ook zeer worden betwijfeld, of dit wel de reden van het onderscheid is, en of het niet veeleer moet worden toegeschreven aan een toeval, dat hier en hier alleen dat woord b e z i t is in de wet geschreven. Doch wat hiervan zij, nu het er eenmaal staat, zal hij, die kan aantoonen alleen in het bezit te zijn van eene hegge, die twee tuinen of landerijen van elkander scheidt, ook moeten aangemerkt worden, als daarvan alleen eigenaar te zijn. Het e e n v o u d i g b e z i t, burgerlijk bezit namelijk van een jaar (art. 601) en voor het overige voldoende aan de vereischten van art. 585, is genoeg; zonder dat het noodig is, dat men door

verjaring den eigendom werkelijk hebbe verkregen. Want dan is het niet meer het bezit, maar dan is het integendeel die eigendom, die het vermoeden van gemeenheid uitsluit *a*).

§ **409.** Wanneer van twee tuinen of landen de ééne van alle zijden is afgesloten, de andere daarentegen van de andere zijde openligt, dan bestaat er geene reden, waarom juist deze alleen aan deze zijde zou zijn afgesloten. De hegge is dan ook voor dezen laatsten, die toch aan de andere zijde toegankelijk is voor een ieder, van geen nut; en zij wordt dus vermoed alleen tot het afgesloten erf van den nabuur te behooren. Zie overigens boven *ad* § 398 en 406.

Vensters en lichten.

§ **412.** De eigenaar, die over zijnen muur de vrije beschikking heeft, mag daarin zoodanige vensters of andere openingen maken als hij wil, om zich het noodige licht te verschaffen, maar hij mag zich zelven geen uitzigt verschaffen op het erf van zijn buurman, waardoor deze laatste in zijn vrij genot zou belemmerd worden, ten zij hij het regt daartoe door titel of verjaring verkregen hebbe.

§ **413.** Om dezelfde redenen moeten de vensters, die alleen mogen dienen, om het licht binnen te laten, zoo hoog geplaatst zijn, dat men er niet door kan zien op het naburig erf.

§ **414.** De Fransche schrijvers leeren, dat het verbod van dit artikel ophoudt, indien de beide erven door een openbaren weg of straat van elkander gescheiden zijn. Zie PARDESSUS, n°. 204, TOULLIER, III, 528, DURANTON, V, 412; en het is zeker eene waarheid, dat het ieder vrijstaat vensters en uitzigten te hebben op den openbaren weg. Niettemin is het artikel algemeen, en men ziet niet minder op het erf van zijnen buurman, al ziet men eerst over de openbare straat heen. Wel heeft men daartegen aangevoerd, dat op die wijze de steden, opgevuld met blinde muren, al een zeer treurig en somber aanzien zouden krijgen.

---

a) Anders echter OPZOOMER, *B. W.*, ad art.; en DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 199—201.

Maar vooreerst is dat de vraag niet, en is dat niets anders dan eene redenering *de jure constituendo*, en ten tweede vervalt de geheele zwarigheid, indien men bedenkt, dat hier alleen gesproken wordt van afgesloten en onafgesloten erven, waarmede zeer zeker geene huizen of andere gebouwen, maar alleen tuinen, landerijen enz. bedoeld zijn.

Bouwvalligheid.

§ **417.** Het is beter ongelukken en schade te voorkomen, dan vergoeding te geven, wanneer zij zijn toegebragt; daaraan is deze bepaling te danken. Het is wat de Romeinen noemden *damnum infectum*, *i. e. damnum nondum factum*, *quod futurum veremur. L.* 2. *D. damn. inf.* — De actie kan zelfs dan bestaan, al is er nog geen onmiddellijk gevaar, indien slechts de muren, heiningen enz. over het naburige erf heenhangen, gelijk op goede gronden is aangetoond in *Themis*, 1847, bl. 485—491.

Schoorsteenen. Het artikel spreekt daarvan, wel is waar, niet, even weinig als art. 741, Wetb. 1830, waarmede het letterlijk overeenstemt. Maar juist daarom was bij de wet van 29 Maart 1833, *Stbl.* n°. 11, eene verandering gemaakt, die men verzuimd schijnt te hebben op te nemen in de officiële uitgave van het wetboek, maar die daarom niet minder wet is: »de aanhef van art. 741 (wetb. 1830) zal luiden als volgt: alle gebouwen, schoorsteenen, muren enz."

Ongeoorloofde bouwingen enz.

§ **418.** Ook dit berust op hetzelfde beginsel: schade te voorkomen, liever dan die te herstellen, wanneer zij is toegebragt. Het is hier echter van te meer gewigt, omdat de nabijheid van putten, riolen enz. niet alleen gevaarlijk is voor de belendende gebouwen, maar omdat de daardoor verspreide vochten schadelijk kunnen zijn voor de gezondheid van de inwoners der belendende gebouwen. Ons art. is in het algemeen van toepassing op alle schadelijke en gevaarlijke werken, en de regter zal in ieder geval moeten beoordeelen, wat daartoe al of niet behoort, voor zoo verre het niet valt onder de voorbeelden, bij de wet zelve opge-

noemd. Dat is eene zeer nuttige aanvulling van art. 674 *C. N.*, dat het verbod beperkte tot eenige daarbij uitdrukkelijk opgenoemde werken, en waarin die algemeene uitdrukking gemist werd. Eindelijk wordt hier voor de wettige tusschenruimte, zoo als veelal in dezen titel, verwezen naar bijzondere verordeningen, d. i. plaatselijke reglementen, of gebruiken. Waar die, hetgeen wel niet dikwijls het geval zal zijn, ontbreken mogten, zal de regter moeten beslissen, des noods na deskundigen gehoord te hebben *a*).

§ **419.** Ook hier wordt weder verwezen naar reglementen en gebruiken, maar er wordt bijgevoegd: tegenwoordig bestaande reglementen, en vaste en erkende gebruiken. Waartoe die bijvoeging hier alleen dient, en wat daar eigenlijk mede bedoeld wordt, is niet zeer duidelijk. Het schijnt, dat men, zonder daarop te letten, die woorden heeft overgenomen uit art. 671 *C. N.* Overigens volgt er, wat de reglementen betreft, uit, dat alleen reglementen, die bestonden tijdens de invoering van het wetboek en geene later gemaakten, kunnen in aanmerking komen *b*).

---

a) Ontbreken plaatselijke verordeningen en gebruiken hieromtrent, dan bestaat de beperking, die het artikel bedoelt, niet. De eigenaar is dan in dit opzigt in zijne vrijheid van handelen niet beperkt, daar de regter geen beperking mag scheppen, die geen steun vindt in de wet. Maar dan ook komt een verhoor van deskundigen niet te pas.

Hoogst belangrijke voorschriften omtrent het onderwerp bij art. 703 behandeld, bevat de wet van 2 Junij 1875, *Stbl.* n°. 95, tot regeling van het toezigt bij het oprigten van inrigtingen, welke gevaar, schade of hinder kunnen veroorzaken.

b) Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., bl. 351, noot 2, en Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 269, verwerpen die beperking. Laatstgenoemde meent, dat „de woorden „tegenwoordig bestaande", gevoegelijk als eene overbodige bijvoeging kunnen beschouwd worden, wijzende op verordeningen, die gelden ten tijde, waarop de toepassing der bepaling te pas komt". Ware dit de beteekenis dier woorden, men zou te regt ze overbodig mogen noemen. Immers dat men zich niet kan beroepen op verordeningen die niet meer gelden, spreekt wel van zelf. Maar juist daarom vind ik geen vrijheid die uitlegging aan te nemen. En wanneer genoemde Schr. verder beweert: „en men moet niet zeggen, dat latere verordeningen niet te kort kunnen doen aan eene bepaling der wet, waar deze volgens haar eigen inhoud alleen bestemd is om te gelden, zoo er geene reglementen bestaan", maakt hij m. i. zich aan eene *petitio principii* schuldig. Immers het is juist de vraag, of uit den eigen inhoud der wet wel volgt, dat voor hare toepasselijkheid gevorderd wordt het ontbreken niet alleen van reeds in 1838 bestaande, maar ook van latere reglementen. De duidelijke woorden der wet, al moge de regtsgrond daarvan duister zijn, nopen dan ook m. i. tot het aannemen

Wat echter de gebruiken aangaat, wordt daarin door die woorden geene verandering gebragt; een gebruik, waar de wet u naar verwijst, om kracht van wet te hebben, zal wel altijd oud en erkend moeten wezen.

§ **420.** De hooge raad oordeelde bij arrest van 30 Mei 1873 (*Weekbl.* n°. 3598): 1°. dat het regt van den eigenaar om de uitschietende wortels van de boomen zijner naburen af te snijden, algemeen is, en alzoo niet beperkt wordt tot de wortels der boomen staande binnen den afstand vastgesteld bij art. 713; en 2°. dat dit zelfs kan geschieden zonder voorafgaande aanmaning. Het eerste laat zich misschien verdedigen door de algemeenheid der woorden van de slotbepaling van het artikel, hoezeer het mag worden betwijfeld, of dat wel de bedoeling der wet geweest is. Dat echter de aanmaning alleen zou noodig zijn, als de takken moeten worden afgehakt, niet als de wortels moeten worden afgesneden, is moeijelijk aan te nemen. Eene reden voor zulk eene onderscheiding is niet wel te denken, en de woorden zulks te doen schijnen dan ook veeleer op de beide gevallen te doelen *a*).

Uitweg.

§ **421.** Hij die zulk eenen uitweg vordert moet aantoonen, dat zijn land volstrekt geen toegang heeft tot den gemeenen weg. Hij kan niet volstaan met het bewijs, dat de weg, die van zijn erf naar den openbaren weg leidt, te lang, of, om andere redenen, moeijelijk voor hem is. De eigenaars van naburige erven behoeven zich dien last niet te getroosten, dan in geval van volstrekte noodzakelijkheid, en tegen eene billijke vergoeding, ten

---

van de door Schr. der Handl. gehuldigde opvatting. Uit de bepaling volgt dan, dat regeling van dit onderwerp sedert 1838 aan den plaatselijken wetgever is onttrokken, en dat alleen de algemeene wetgever hem daartoe de bevoegdheid zou kunnen teruggeven.

a) Dit laatste schijnt mij uit een grammaticaal oogpunt niet verdedigbaar. Als reden voor de onderscheiding voert DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 275, te regt aan, dat den eigenaar moet vrijstaan zijn grond te bewerken en daarin te graven enz., zooveel als hij wil. Stuit hij daarbij op wortels van eens anders boom, dan moet hij met het werk kunnen voortgaan, zonder verpligt te zijn met de wegruiming van het beletsel te wachten, tot dat de eigenaar van den boom geweigerd zal hebben zelf de wortels weg te hakken.

zij het regt op die vergoeding mogt zijn verjaard, d. i., wanneer de eigenaar van het ingesloten land of zijne voorgangers gedurende dertig jaren, zonder daarvoor iets te betalen, over den gevorderden uitweg gegaan zijn. Het regt van uitweg toch moet niet worden verward met de erfdienstbaarheid van overpad over een ander land, die als niet voortdurende erfdienstbaarheid (art. 724) niet door verjaring kan worden verkregen (art. 744, 746), maar die dan ook kan verkregen worden, al bestaat daarvoor geene volstrekte noodzakelijkheid, en al heeft men buiten dat overpad ook nog langs andere wegen den toegang tot den openbaren weg. Het regt daarentegen, waarvan hier gesproken wordt, is geene erfdienstbaarheid; het is een zakelijk regt *sui generis*, dat men alleen aan de noodzakelijkheid en aan de natuurlijke ligging van zijn land ontleent. De vergoeding, waarop de buurman aanspraak heeft, moet alleen geëvenredigd zijn aan de schade, die de uitweg hem veroorzaakt. Het is van belang dit op te merken, omdat daaruit volgt, dat hij, die den overgang over zijn land moet gedoogen, daardoor wel van geen slechteren, maar ook van geen beteren toestand worden moet, en dus geene aanspraak heeft op eene vergoeding berekend naar de meerdere waarde, die het ingesloten erf daardoor verkrijgt.

§ **422**. De uitweg moet gegeven worden langs den kortsten weg, en daaraan moet tevens die rigting worden gegeven, die aan het naburig erf de minste schade veroorzaakt. Maar wat nu, als de kortste weg grooter schade veroorzaakt dan de langere? De zin van het artikel is duidelijk, dat in de eerste plaats moet gelet worden op den kortsten weg, maar dat alleen tusschen de twee kortste wegen die moet worden gekozen, die de minste schade veroorzaakt: *ita tamen ut judex* ETIAM *de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum. L.* 12 *Pr. D. de relig.* Dat is ook volkomen billijk, want de eigenaar van den uitweg wordt voor de schade, die hij werkelijk lijdt, het zij die grooter of kleiner zij, schadeloos gesteld.

§ **423**. Het regt, dat alleen uit noodzakelijkheid geboren is, houdt ook met die noodzakelijkheid op. Van het oogenblik af derhalve, dat er geen uitweg meer noodig is, kan men zich ook

niet meer beroepen op verjaring, zelfs niet op die, waarvan in de vorige § gesproken is; die in het geheel geen regt meer heeft, heeft het *a fortiori* niet langs eenen bepaalden uitweg. De eigenaar zou nu een regt van erfdienstbaarheid moeten aantoonen, maar juist die erfdienstbaarheid kan door geene verjaring verkregen worden, artt. 724, 744, 746.

Gemeene voetpaden, dreven of wegen.

§ **424**. De vorige §§ handelen over den uitweg, waarop het ééne land regt kan hebben over het andere, en daargesteld uitsluitend ten nutte van dat ééne ingesloten erf. Hier wordt gesproken van den uitweg aan onderscheiden geburen gemeen, ook wel genoemd buurtweg, d. i. dien weg, die aan onderscheiden erven den toegang geeft tot den openbaren weg; zonder dat daarbij juist van volstrekte noodzakelijkheid behoeft te blijken. Veel is er geschreven over de vraag, of hier bedoeld worden alleen voetpaden, lanen, wegen, enz., die het gemeenschappelijk en onverdeeld eigendom zijn van de eigenaren der aanliggende erven, dan wel of er bedoeld worden zoodanige wegen, waarvan het enkel gebruik gemeen is voor allen, en geheel onafhankelijk van den eigendom van den grond. De vraag is daarom van gewigt, omdat, indien men het artikel opvat in eerstgemelden zin, alleen zij, die medeeigenaren zijn van den grond, het regt zullen hebben, om zich van dien weg als uitweg te bedienen, terwijl in het andere geval dat regt gelijk is voor allen, wier erven langs dien weg gelegen zijn. Zie *in utramque partem*, *Themis*, 1845, bl. 329—345; *Ned. Jaarb.* VIII, 94; *Regtsg. Bijbl.*, VI, 591, 592; VII, 250—253. De waarheid schijnt deze, dat allen, die langs dien weg hunne eigendommen hebben, het gemeenschappelijk gebruik hebben van dien weg, onverschillig of zij daarvan eigenaren zijn of niet, en dat derhalve, zonder aller toestemming, de weg niet verlegd, vernietigd of tot een ander gebruik gebezigd mag worden. Vooreerst toch wordt hier niet gesproken van eene toestemming van eigenaren, maar eenvoudig van gemeene toestemming; doch ten tweede wordt verboden o. a. de verlegging van den weg, wat alleen

dan zin en beteekenis kan hebben, indien men het verstaat van het gebruik van den weg, en dan beteekent, dat men de eigenaren der aangrenzende erven niet noodzaken kan, hunnen weg langs eene andere rigting te nemen, maar dat niets beteekent, indien het zou moeten inhouden een bevel, dat de grond zelf niet mag verlegd worden, wat toch ook met de algemeene toestemming van allen wel altijd zal onmogelijk blijven *a*).

Voet- en jaagpaden, enz.

§ **425.** De hier bedoelde zaken zijn geene onderwerpen van privaat, maar van publiek regt. Het burgerlijk wetboek kan zich daarmede dus niet inlaten; maar daarin is voorzien bij bijzondere wetten of verordeningen van politie. Dat thans bij geene plaatselijke verordeningen aan de eigenaren van aangrenzende erven of gebouwen de verpligting meer kan worden opgelegd, om de hier bedoelde openbare werken te onderhouden, valt niet te betwijfelen, vooreerst omdat de gemeente-besturen niet meer bevoegd zijn om den ingezetenen dergelijke lasten op te leggen; het zij men die wil beschouwen als belasting, het zij als eene soort van erfdienstbaarheid; en ten tweede, omdat art. 231 Gem.-wet voor het vervolg de gemeente-besturen met dat onderhoud belast, behoudens alleen bestaande wettige verpligtingen van anderen. Die wettige verpligting van anderen echter kan voortvloeijen niet alleen uit vroegere overeenkomsten, maar ook uit vroegere door het wettig gezag, en daaronder door de plaatselijke wetgeving, vastgestelde verordeningen. Die verordeningen toch zijn later door geene algemeene wet afgeschaft. Zij schijnen al dadelijk uitdrukkelijk gehandhaafd bij art. 7, n°. 15 van het Crim. Wetb. Lod. Nap. Maar zeker is dat het geval met de Fransche wetgeving. Art. 7 der wet van 30 *Vent.*, XII, schaft alleen af algemeene en plaatselijke verordeningen *dans les matières qui sont l'objet desdites lois, composant le présent Code.* Maar de *Code* behandelt die onderwerpen even weinig als ons wetboek. Integendeel, art. 650 verwijst ook eenvoudig naar bijzondere

a) In gelijken zin beslistte de hooge raad bij arrest van 17 Jan. 1879, *W.* n°. 4336. Anders echter OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 356—358.

wetten en reglementen. En uit die bijzondere wetten, bepaaldelijk uit art. 4 der wet van 11 *Frim.*, VII, bij FORTUIN, *Verz.* I, 456—473, in verband met het advies van den staatsraad van 25 Maart 1807, FORTUIN, II, 436, en uit art. 7 van het decreet van 21 October 1811, FORTUIN, III, 374—376, blijkt zeer duidelijk, dat men alles heeft willen laten op den ouden voet, tot eene nieuwe regeling, die er nog niet is. Dit laatste artikel vooral is beslissend: »les canaux, etc. continueront d'être entretenus comme par le passé." Ons artikel doet volkomen hetzelfde, en art. 231 Gem.-wet houdt alleen een voorschrift in voor de toekomst, met behoud van alle vroeger geboren regten en verpligtingen. Dit is dan ook de leer van den hoogen raad o. a. bij arresten van 10 Junij 1848 (*Weekbl.* n°. 937), 12 Februarij 1850 (*Weekbl.* n°. 1097), en 21 April 1856, bij VAN DEN HONERT, XVIII, 333—347. Men kan echter met den hoogen raad, bij zijn arrest van 2 Januarij 1843, bij VAN DEN HONERT, Gem. Zaken, IV, 234—246, niet zoo ver gaan, om aan te nemen, op grond van het aang. advies van den staatsraad, dat ook nu nog de eigenaars van belendende huizen bij plaatselijke verordening kunnen worden belast met het onderhoud b.v. der kleine steenen, en dus van een gedeelte der openbare straat. Art. 231 Gem.-w. verbiedt dit uitdrukkelijk.

TITEL V.

VAN ERFDIENSTBAARHEDEN.

(Artt. 721—757. EERSTE GEDEELTE, § 426—444, bl. 127—130.)

Geschriften: ASSER, 268—273; VOORDUIN, III, 491—507; DIEPHUIS, III, 279—364; OPZOOMER, II, 86—105; OPZOOMER, *B. W.*, III, 369—444; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VI, 493—612; LOKE, 146, 147.

Aard en onderscheiden soorten.

§ **426**. De onderscheiding tusschen persoonlijke en zakelijke erfdienstbaarheden van het Romeinsche regt (*servitutes personales* en *prædiales* of *reales*) is dus in ons wetboek niet bekend, evenmin als in het Fransche; ja zelfs is het uitdrukkelijk verboden

erfdienstbaarheden ten laste of ten behoeve van eenen persoon te vestigen, art. 721. Van daar de naam van erfdienstbaarheid. Voor het bestaan daarvan worden noodzakelijk vereischt twee erven, het heerschende erf, ten behoeve waarvan de erfdienstbaarheid gevestigd is, en het lijdende erf, waarop zij gevestigd is (*praedium dominans et praedium serviens*). Een tweede vereischte is, dat beide erven aan verschillende eigenaren toebehooren: *nulli enim res sua servit. L.* 26 *D. de serv. praed. urb.* Hieruit volgt echter niet, dat de erfdienstbaarheid niet kan verleend worden ten behoeve van een erf, waarvan men mede-eigenaar is. In dat geval toch kan men niet zeggen, dat beide erven denzelfden eigenaar hebben; en de regel *nulli res sua servit* kan even weinig worden tegengeworpen, omdat, gelijk van zelven spreekt, de erfdienstbaarheid, in dat geval, alleen werkt ten behoeve van die mede-eigenaren, die niet tevens zijn eigenaren van het dienstbare erf. Zie meer VAN BELL, de ondeelbaarheid der erfdienstbaarheid, 56—58. Het vruchtgebruik, het gebruik en de bewoning worden niet als erfdienstbaarheden, maar als afzonderlijke zakelijke regten aangemerkt en behandeld. Alle andere of verdere dienstbaarheden, ten laste of ten voordeele van personen, zouden inbreuk maken op de natuurlijke vrijheid en gelijkheid van allen, door den ééne dienstbaar te maken en te onderwerpen aan den andere. Zie voorts LOCRÉ, IV, 195, 196; TOULLIER, II, 581—588. Daaruit volgt echter niet, dat men niet aan een bepaald persoon, al of niet eigenaar van een aangrenzend erf, zeker regt kan verleenen op zijn erf, b. v. om daarover te gaan of te rijden. Maar, in dat geval, is dit niets dan eene gewone overeenkomst, die alleen van kracht is tusschen de handelende partijen, hare erven of regtverkrijgenden, art. 1376. Dit beding kan dus niet worden ingeroepen door of tegen opvolgende eigenaren van het erf.

Een erf. Voor erfdienstbaarheden zijn aldus vatbaar alle onroerende goederen, zoowel huizen als landerijen, doch geene roerende goederen. Onder erven zijn natuurlijk alleen te verstaan onroerende zaken, waarvan men eigenaar is *jure privato.* Het woord duidt dit reeds voldoende aan. Maar het volgt bovendien

uit den aard der zaak. Het B. W. toch is niet van toepassing op de openbare straat of op andere zaken, die de staat of de gemeente bezit *jure publico.* Burgerlijke erfdienstbaarheden zijn derhalve daarop niet denkbaar. Dit belet echter niet, dat de huis-eigenaren op de aangrenzende openbare straat zekere regten kunnen uitoefenen, dat zij daarop b. v. lichten en uitgangen kunnen openen. Maar dit staat in verband met de bevoegdheid van allen om van de straat dat gebruik te maken, waartoe zij bestemd is, en heeft dus niets gemeens met het burgerlijk servituten-regt. Zie meer DE PINTO, *Adv.* 86—91; TROPLONG, *Tr. de la prescr.*, I, 262; MARCADÉ, II, 600, 601; DALLOZ, *Rép.* in voce *serv.*, n°. 64; TOUSSAINT, *Tr. des serv. d'ut. publ.*, I, 20; LEDRU ROLLIN, *Rép. de jurispr.*, in voce *voirie*, pag. 942. Verg. nog OLIVIER, *Proeve*, bl. 134 en ook een arrest van den hoogen raad van 10 Junij 1868, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXII, 475—484. Anders echter TOULLIER, II, 473, 479 en ZACHARIA, I, § 249 *a*).

§ **427.** *Servitutum non ea est natura, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. L.* 16, § 1 *D. de serv.* Dat is een regtstreeksch gevolg van den aard der erfdienstbaarheid, die bestaat in den last aan eene zaak, niet aan eenen persoon opgelegd. Dit belet niet, dat het beding, waarbij men zich verbindt om op zijn goed i e t s t e d o e n, ten behoeve van een naburig erf, zeer wel bestaanbaar is. Maar ook uit zulk een beding ontstaat niets dan eene p e r s o o n l ij k e verpligting, en eene p e r s o o n l ij k e vordering tegen hem, die zich daartoe verbonden heeft, doch geen zakelijk regt van erfdienstbaarheid. *b*).

---

a) Anders ook OPZOOMER, *B. W*, t. a. p., bl. 375—377; DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 524—526.

b) In het algemeen is dit juist. Intusschen erkent onze wet eene uitzondering. Volgens art. 736 kan de eigenaar van het dienstbare erf bij den titel waarbij eene erfdienstbaarheid wordt verleend, zich verbinden om ten zijnen koste de tot haar gebruik en behoud noodzakelijke werken te maken. Dat beding maakt dan een deel uit van de erfdienstbaarheid. Er ontstaat eene verpligting uit niet alleen voor hem die zich verbonden heeft, maar ook voor alle toekomstige eigenaren van het dienstbare erf, die zich daarvan niet kunnen ontheffen dan op de wijze bij het artikel bepaald.

§ **428.** De *C. N.*, in art. 687, onderscheidde nog tusschen landelijke en stedelijke erfdienstbaarheden of huis- en velddienstbaarheden, zoo als het bij ons oudtijds genoemd werd, DE GROOT, *Inl.*, II, 34 en 35. Men heeft deze verdeeling, afkomstig uit het Romeinsche regt (*servitutes praediorum urbanorum* en *praediorum rusticorum*), bij ons achterwege gelaten, omdat zij alleen een verschil van namen en niet van zaken oplevert, en in regten niet de minste gevolgen heeft, zoo als reeds was aangetoond door TOULLIER, II, 596. De twee verdeelingen daarentegen bij art. 724 en 725 in de wet opgenomen zijn van het uiterste gewigt, inzonderheid met betrekking tot de verschillende wijzen van verkrijging. Zie beneden, *ad* § 437.

I. Men moet vooral de erfdienstbaarheid niet verwarren met hare oorzaak. De laatste moet altijd en voortdurend bestaan: *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent. L.* 28 *D. de serv. praed. urb.* Waarin nu ook die oorzaak moge gelegen zijn, zeker is het, dat, kan de erfdienstbaarheid niet zonder toedoen van den mensch worden uitgeoefend, de gelegenheid en de mogelijkheid, om van haar gebruik te maken, altijd daar moet zijn. Zoo is het b. v. tot uitoefening van het regt van overgang noodig, dat men ga over den weg, waarop dit regt kleeft, maar de weg zelf moet altijd aanwezig zijn, en zóó ingerigt, dat hij ieder oogenblik kan worden betreden.

II. 1°. Zigtbare *a*).

§ **432.** Het is dus alleen de titel, en eerst bij gebreke daarvan zijn het de plaatselijke gebruiken en verordeningen, die de wederzijdsche regten en pligten der eigenaars van beide de erven regelen *b*). Men kan daaromtrent alle zoodanige bedingen maken als men goedvindt, mits niet strijdende met de openbare orde en

---

a) Eene zigtbare erfdienstbaarheid is volgens een arrest van den hoogen raad van 26 Jan. 1883, *W.* n°. 4870, de zoodanige, voor welker uitoefening een werk vereischt wordt, dat uit zijn aard voor waarneming door het gezicht vatbaar is, ook dan wanneer dit niet steeds voor ieder zigtbaar, maar tijdelijk of voortdurend op eenige wijze aan het oog onttrokken is.

b) Die plaatselijke verordeningen en gebruiken zijn niet alleen van toepassing, wanneer een titel geheel ontbreekt, maar ook dan wanneer omtrent eenig punt, den omvang van het regt betreffende, de titel niets bepaalt.

de goede zeden, art. 14 Alg. Bep.; en het was niet mogelijk die allen bij de wet te voorzien.

§ **433.** *Qui vult finem, vult media.* Die het regt van erfdienstbaarheid heeft toegestaan op zijn erf, moet ook noodzakelijk gerekend worden alle de middelen gegeven te hebben, zonder welke men het genot daarvan niet hebben kan. De wet zelve geeft er hier één voorbeeld van: hij namelijk, die het regt heeft water te halen uit eens anders bron, heeft noodwendig, al is hem dat niet uitdrukkelijk gegeven, het regt van toegang tot die bron over het dienstbare erf. Dit voorbeeld is ontleend aan *L.* 4, § 3, *D. de serv. praed. rust.: qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum.* Zoo heeft hij, die het regt van uitzigt heeft, ook noodzakelijk de bevoegdheid om zoo vele vensters te maken als er noodig zijn, om hem dat uitzigt te geven, enz.

§ **434.** Anders zou het van den eigenaar van het dienstbare erf afhangen, de regten van den eigenaar der erfdienstbaarheid willekeurig te verminderen, en zelfs geheel te vernietigen. Zie een arrest van den hoogen raad van 16 December 1843, bij VAN DEN HONERT, IV, 102—127. Op grond dezer bepaling is begrepen, dat de eigenaar van het lijdend erf zelfs de gesteldheid der plaats niet mag veranderen, noch de erfdienstbaarheid verleggen naar eene andere plaats, zoo lang niet, het zij door de wederzijdsche toestemming der partijen, het zij bij vonnis, is uitgemaakt, dat dit kan geschieden, zonder de regten van den eigenaar van het heerschend erf te benadeelen; en bij een ander arrest van 27 Februarij 1874 (*Weekbl.* n°. 3699), dat de verlegging der erfdienstbaarheid niet zou mogen geschieden zonder voorafgaande kennisgeving aan den eigenaar van het heerschend erf. Hoe wenschelijk en hoe nuttig dit een en ander ook zijn moge, in de wet is daarvan echter niets te vinden. Maar het spreekt van zelve, dat hij die de verlegging willekeurig doet zonder verlof of kennisgeving, dit doet *suo periculo*, en tot herstel in den vorigen toestand verpligt is, indien later geoordeeld wordt, dat de eigenaar van het heerschend erf door de verandering is benadeeld. Bij hetzelfde arrest werd nog geoordeeld, dat de verlegging alleen kan geschieden naar een ander gedeelte van het dienstbare erf;

en dit is volkomen juist. Verlegging naar eene andere plaats is meer dan wijziging van de bestaande; het is vestiging van eene nieuwe erfdienstbaarheid; en daarmede behoeft de eigenaar van het heerschende erf niet tevreden te zijn.

Uit dit artikel volgt b. v., dat de eigenaar van het dienstbare erf door het hooger optrekken van zijn muur het genot van de erfdienstbaarheid van licht van het heerschend erf niet mag verminderen. Zie DE PINTO, *Adv.*, 63—68 *a*). — De vordering tot herstel van hetgeen het gebruik vermindert mag niet verder gaan dan tot wegneming van dat wat in strijd met de wet is verrigt. Zie arrest van den hoogen raad van 25 Januarij 1867, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXI, 46—56.

De eigenaar van het heerschende erf mag eindelijk daarop geene veranderingen maken, waardoor de toestand van het dienstbare erf wordt bezwaard; of liever hij kan ten behoeve van den veranderden toestand zijn regt van erfdienstbaarheid niet inroepen. Voorbeelden daarvan vindt men in twee arresten van den hoogen raad van 27 October 1865, bij VAN DEN HONERT, XXX, 43—55, en van 6 Junij 1873 *Weekbl.* n°. 3595, waarbij tevens *virtualiter* is aangenomen, dat de vraag of de toestand al of niet is verzwaard, is eene *quaestio juris*. Die voorbeelden zijn: als een weiland wordt veranderd in eene fabriek; en, als van eene fabriek wordt gemaakt eene openbare bad- of zwemplaats.

§ **435.** Art. 686 *C. N.* bepaalde in het algemeen, dat de eigenaren hunne erven kunnen belasten met zoodanige erfdienstbaarheden, als zij goedvinden; en liet daarop volgen eenige voorbeelden, met die in deze artikelen onzer wet nagenoeg overeenkomende. Men heeft bij ons die algemeene bepaling als onnoodig en overtollig weggelaten; en inderdaad spreekt dan ook de zaak

---

a) Vgl. de arresten van den hoogen raad van 7 Jan. 1859, 9 Junij 1876 en 28 Dec. 1877, *W.* n°. 2045, 3991 en 4198, waarbij is beslist dat de erfdienstbaarheid om door ramen op eigen grond licht en lucht te scheppen van des buurmans erf, den eigenaar van het aangrenzend erf wel verpligt om bedoelde ramen en het daardoor scheppen van licht en lucht te dulden, zoolang zich daartoe de gelegenheid aanbiedt, maar hem geenszins de bevoegdheid ontneemt om op zijn erf werken aan te leggen, waardoor het licht- of luchtgenot door die ramen wordt verminderd of benomen.

van zelve, en heeft juist daarom de vermelding van die enkele dienstbaarheden weinig of geen nut.

Hoe erfdienstbaarheden ontstaan.

§ **436**. 1°. Door een titel *a*).

2°. Op die verjaring zijn de algemeene regelen van art. 2000 van toepassing. Is er een titel aanwezig, dan verkrijgt men door een twintigjarig bezit; zoo neen, dan moeten er dertig jaren verloopen.

§ **437**. De verjaring is eene wijze van eigendomsverkrijging ten gevolge van langdurig bezit. Niet voortdurende en niet zigtbare erfdienstbaarheden zijn voor geen bezit vatbaar, art. 593, en boven *ad* § 353; ergo. Zie voorts Locré, IV, 182, 189. — Maar moet deze regel zoo streng worden uitgelegd, dat zelfs de goede trouw, gevoegd bij eenen titel *a non domino*, met en benevens een dertigjarig bezit, den eigendom van zulke erfdienstbaarheden niet kan doen verkrijgen? — Door de Fransche regtsgeleerden werd deze vraag algemeen ontkennend beantwoord, en men schijnt hetzelfde te moeten doen bij ons. Ons art. 746, even als art. 691 *C. N.*, vordert slechts eenen titel, en het bezit kan zeker niet gezegd worden daarvan ontbloot te zijn, al is die titel uitgegaan van een ander dan van den eigenaar *b*).

---

a) De erfdienstbaarheid wordt verleend bij de overeenkomst of de beschikking, waarvan de titel ten bewijze strekt, en die slechts eene persoonlijke verbindtenis doet ontstaan. Die titel kan voortvloeijen zoowel uit eene overeenkomst onder bezwarenden titel als uit eene schenking onder de levenden, of eene beschikking na doode bij uitersten wil. De erfdienstbaarheid wordt echter eerst gevestigd, of, zooals de wet zich uitdrukt, daargesteld, door de overschrijving van dien titel in de openbare registers. Eerst daarna bestaat het zakelijk regt.

b) Ik deel deze meening niet. Al heeft men zoodanige erfdienstbaarheid nog zoo lang feitelijk bezeten, de wet erkent dat bezit niet, het mist de regtsgevolgen door haar aan het bezit verbonden, art. 598. Ook de goede trouw kan in deze niets afdoen, omdat wel bezit te goeder trouw kan leiden tot verjaring, maar goede trouw zonder bezit geen regtsgevolg heeft. Blijft dus de titel *a non domino*. Kan zoodanige titel bedoeld zijn bij art. 746? Ware het zoo, men zou hetzelfde moeten aannemen ten opzigte van den titel bedoeld bij art. 742. Toch zal niemand beweren, dat eene erfdienstbaarheid kan worden verkregen door overschrijving van een titel, afkomstig van iemand die tot het verleenen daarvan niet bevoegd was. De bedoeling van art. 746 is, dat tot verkrijging van eene niet voortdurende, of eene niet zigt-

§ **439**. Vóór de verkrijging daarvan. Dat is, vóór dat beide erven in handen van denzelfden eigenaar vereenigd waren. Door die vereeniging gaat de erfdienstbaarheid, volgens den regel, *nemini servit res sua*, en art. 753, te niet. Bij de wedervervreemding van één der erven herleeft de erfdienstbaarheid, en wordt dus alles in den vorigen staat hersteld. Maar wat nu, indien de eigenaar beschikt te gelijker tijd over de beide erven, doch ten behoeve van verschillende personen? De *ratio legis* mag schijnen mede te brengen, dat ook dan de erfdienstbaarheid, die ook dan hetzelfde nut weder doen zal, herleven moet; intusschen de letter van het artikel, die dat alleen gedoogt, bij beschikking over één der erven, laat dat niet toe. Zie *Regtsg. Adv.*, I, 53—55.

§ **440**. En het gevolg is dus, dat alle tegenwoordige en toekomstige mede-eigenaren gelijkelijk het gebruik en het genot hebben der erfdienstbaarheid, die alleen voor het erf verkregen is en verkregen kan worden, art. 721, en boven *ad* § 426. Bij ons geldt derhalve niet meer de Romeinsche regel der *l.* 5 *D. comm. praed.: per unum socium communi solo servitus adquiri non potest.*

Hoe erfdienstbaarheden te niet gaan.

§ **441**. 2°. Niemand kan zijn eigen schuldenaar en schuldeischer zijn. Deze regel geldt ook in zeker opzigt voor onroerende goederen; *nemini res sua servit.* Daarom leert ook Gajus *in L.* 1 *quemadm. serv. amitt.: servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coëperit.* Dit is voor het overige een regtstreeksch gevolg van den regel: *nulli res sua servit.* Maar daaruit volgt dan ook dat, indien de eigenaar van het dienstbare erf slechts voor een gedeelte eigenaar wordt van het heerschende, de erfdienstbaarheid blijft voortduren ten behoeve zijner mede-eigenaren; en omgekeerd. Zie boven *ad* § 426.

---

bare erfdienstbaarheid, wordt vereischt een titel die, als zijnde afkomstig van hem die bevoegd is de erfdienstbaarheid te verleenen, op zich zelf voldoende is om door overschrijving het regt te vestigen.

3°. Alle erfdienstbaarheden gaan derhalve verloren door verjaring; maar daartoe is, behalve het niet-gebruik van dertig jaren, nog noodig, dat door den eigenaar van het dienstbare erf eene daad zij verrigt, strijdig met de erfdienstbaarheid, die, gevoegd bij het niet-gebruik, eene overeenkomst doet vooronderstellen, waarbij de erfdienstbaarheid is vernietigd *a*).

§ **442**. Wanneer bij voorbeeld de weg door het land van uwen buurman, waarover gij het regt hebt te gaan, door overstrooming is onder water geraakt, gaat uwe erfdienstbaarheid verloren, of liever, wordt zij tijdelijk geschorst, omdat het voor het tegenwoordige niet mogelijk is daarvan gebruik te maken, art. 750. Zoodra echter het water den weg weder verlaat, herleeft uw regt, omdat het tijdelijk beletsel tegen zijne uitoefening heeft opgehouden. Zie *l.* 14 *pr. D. quemadm. serv. am.*

§ **443**. B. v. de weg, waarover men gaat; wanneer men zich van den geheelen weg kan bedienen, en men slechts een gedeelte daarvan gebruikt heeft. Zoo heeft b. v. iemand het regt, om drie vensters te openen op het erf van zijn buurman; dertig jaren opent hij er slechts twee; het regt om het derde te openen is verjaard.

§ **444**. De gewone regelen van verjaring zijn op die der erfdienstbaarheid van toepassing, zie boven *ad* § 436, n°. 2. En de stuiting der verjaring door één der hoofdelijke schuldeischers geldt voor alle hoofdelijke mede-schuldeischers, art. 2022; terwijl alle de geregtigden tot eene erfdienstbaarheid daarvan hoofdelijke schuldeischers zijn, omdat de erfdienstbaarheid ondeelbaar is. De erfdienstbaarheid bestaat bovendien ten dienste van het erf, niet van den eigenaar, art. 721, zie boven *ad* § 426. Zoo lang zij ten behoeve van het erf wordt uitgeoefend, is geen verlies door verjaring denkbaar: *servitus et per socium nobis retinetur*, *l.* 6 *D. quemadm. serv. am.*

Wanneer er zich onder de mede-eigenaars bevinden, tegen

---

a) Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., bl. 418, noot 1, en Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 602, meenen dat het niet noodig is, dat de met de erfdienstbaarheid strijdige daad door den eigenaar van het dienstbare erf verrigt zij.

wie de verjaring niet loopen kan, b. v. minderjarigen, onder curatele gestelden, enz. (art. 2024), belet dit insgelijks de verjaring ten opzigte van al de overigen. Zij toch, tegen wie de verjaring niet loopt, moeten regtens geacht worden altijd in het genot te zijn gebleven.

TITEL VI.

VAN HET REGT VAN OPSTAL.

(Artt. 758—766. EERSTE GEDEELTE, § 445—450, bl. 130, 131.)

Geschriften: ASSER, 273—275; VOORDUIN, III, 507—513; DIEPHUIS, III, 365—376; OPZOOMER, *B. W.*, III, 447—468; LOKE, 140, 141; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 5—26; M. L. TIJL, *Diss. de jur. superficiei, praes. sec. leg. nov.*, Gron. 1827; H. J. SOURY, *Diss. de jur. superficiei, inprimis sec. nov. Cod. Civ. Belg.*, Lov. 1830; G. W. F. VOGELVANGER, *Diss. de jur. superficiei*, L. B. 1837; L. G. H. VERMEER, *Diss. de jur. superficiei, Tr. ad. Rh.* 1837; *Regtsk. Tijdschr. voor het Notarisambt*, IV, 82—87.

§ 445. Bij DE GROOT, *Inl.*, 46, 8, heet dit regt *huysgebouwrecht*, en wordt het gezegd te zijn *de gerechtigheyt die yemand heeft tot een huysgebouw, staende op eens anders grond.* Het bepaalde zich derhalve tot huizen. Ons regt van opstal strekt zich, naar de bepaling van art. 758, verder uit, en geeft de bevoegdheid, om alle gebouwen en ook alle beplantingen op eens anders grond te hebben; het begrijpt daaronder dus, even als het Romeinsche regt, *omne quod super faciem terrae est.* VOET, *ad. tit. D. de sup.* Het artikel spreekt van gebouwen en werken; en, ofschoon onder het eerste, naar het gemeene spraakgebruik, reeds alles verstaan wordt, wat gebouwd is, schijnt het hier in eenen engeren zin gebezigd te zijn, en schijnen daaronder alleen te moeten verstaan worden huizen, dienende om bewoond te worden, terwijl werken daarentegen beteekent alle

andere gebouwen, als stallen, schuren, magazijnen, enz. Uit de hier gegeven bepaling volgt ook, dat, hoezeer de oorspronkelijke eigenaar eigenaar van den grond blijft (art. 761—763), de opstaller den eigendom bekomt van de bedoelde gebouwen, werken en beplantingen; het regt van opstal toch is een regt om die gebouwen enz., niet te plaatsen, maar te hebben. Hetzelfde wordt nog nader bevestigd door de bepalingen van de artt. 762 en 763, volgens welke de grondeigenaar, na het eindigen van het regt van opstal, treedt in den eigendom van die voorwerpen, of die terugneemt, hetgeen niet te pas kon komen te zeggen, als hij van den beginne af eigenaar geworden en gebleven was. Volgens het Romeinsche regt gold daarentegen ook hier de algemeene regel: *superficiariarum aedium proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum. L. 2 D. de sup.;* VOET, t. a. p. Zie ook VON SAVIGNY, *das Recht des Bes.*, bl. 120 *a*).

§ **447.** Die titel kan voortvloeijen zoowel uit eene overeenkomst onder bezwarenden titel als uit eene schenking onder de levenden, of na doode bij uitersten wil; de wet maakt daaromtrent nergens eene beperking. Maar kan het regt van opstal ook door verjaring verkregen worden? Reeds uit dit art. 760 zou men kunnen opmaken, dat dit niet kan, omdat het in allen gevalle eenen titel, zoo al niet met zoo vele woorden vordert, dan toch vooronderstelt; echter zou die redenering op zich zelve misschien te veel bewijzen, omdat b. v. in art. 743 hetzelfde gezegd wordt van erfdienstbaarheden, die zeker door verjaring verkregen worden, art. 742. — Maar er is eene andere meer afdoende reden, deze namelijk, dat het regt van opstal niet altijd voortduurt, maar slechts tijdelijk is. Wanneer nu iemand op eens anders grond, gedurende meer dan dertig jaren, het regt van opstal heeft uitgeoefend, dan kan de eigenaar, gesteld zelfs dat de opstaller zich op verjaring beroepen kan, toch altijd ieder oogenblik dat regt doen ophouden, art. 766, en de verjaring zou dus weinig baten *b*).

---

a) In gelijken zin DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 12—15. Anders echter OPZOOMER, *B. W.*, t a. p., bl. 462—467.

b) Dat het regt van opstal niet vatbaar zou zijn om door verjaring verkregen te

§ **448.** 2°. Ofschoon van de ééne zijde het woord goederen misschien minder eigenaardig gebezigd wordt van den grond; en ofschoon van den anderen kant de bijgevoegde woorden aan het regt van opstal onderworpen, juist meer uitsluitend zouden doen denken aan den grond, omdat men van de huizen en gebouwen minder nauwkeurig zeggen zou, dat zij aan het regt van opstel onderworpen zijn, zoo schijnt het echter niet twijfelachtig, dat het artikel ziet op beiden, en dat de opstaller beiden, gedurende den tijd van zijn genot, met erfdienstbaarheden kan belasten. Er zou geene reden van onderscheiding zijn; en het regt op beiden houdt voor den opstaller op bij het eindigen van het regt van opstal, art. 762.

3°. Tijdens het verkrijgen, enz. Maar heeft de opstaller niet hetzelfde regt, als hij dien prijs later betaald heeft? Voorzeker ja, indien de grondeigenaar er in toestemt dien later te ontvangen; maar verkiest deze dit niet, de opstaller kan er hem niet toe noodzaken, en mag alsdan niets wegnemen of rooijen.

Mits de grond hersteld worde, enz. Deze woorden hebben alleen betrekking op de laatstvoorgaande, wanneer de opstaller de gebouwen enz. zelf heeft doen plaatsen. Want, wanneer zij er reeds stonden, zou het niet wel mogelijk zijn in alle gevallen den vroegeren staat van den grond te bepalen, omdat die vroegere beplantingen of bebouwingen reeds vele jaren kunnen geleden zijn.

§ **449.** De opstaller wordt wel, gelijk wij gezien hebben, eigenaar van den opstal; maar zijn regt van eigendom is altijd aan eene ontbindende voorwaarde (het eindigen van zijn regt van opstal) onderworpen, die, wanneer zij ontstaat, zijnen eigendom doet vervallen, en de zaken tusschen hem en den grondeigenaar weder tot den vorigen staat terugbrengt. (Art. 1301.)

1°. Onverschillig of, die reeds aanwezig zijnde, de opstaller daarvan den prijs betaald hebbe, dan of zij door hem gebouwd

---

worden, kan ik niet inzien. Immers een bezit van zoodanig regt is zeer wel denkbaar, en nergens is de verjaring als gevolg van een bezit te goeder trouw voor dat regt uitgesloten. Dat de verjaring weinig zou baten, acht ik ook minder juist. Zie beneden mijne aanteekening op § 450, 5°.

of geplant zijn, en men moet het er zelfs voor houden, dat deze laatste, in beide gevallen, volgens art. 762, het regt van terughouding heeft.

§ **450**. 4°. De partijen kunnen zoodanigen tijd bedingen, als zij goedvinden. Volgens art. 798 van het wetboek van 1830 mogt die tijd niet langer zijn dan 50 jaren, behoudens het regt van vernieuwing. Bij de herziening is die bepaling echter weggevallen. Zie *Regtsg. Bijdr.*, IX, 205, 206. En zoowel hieruit als uit het gemis van eenige verbodsbepaling in de wet, zoo als die nu is, volgt, dat bij de overeenkomst het regt van opstal kan worden gevestigd, als altoosdurend en onopzegbaar, ofschoon ook in dat geval het regt door verjaring te niet gaat, vermits van eene nog niet vervulde verjaring geen afstand kan worden gedaan, art. 1984.

Of bepaald *a*).

5°. Na verloop van dertig jaren *b*).

Bij exploit. Ofschoon het artikel uitdrukkelijk de opzegging vordert bij exploit, is er echter moeijelijk eene reden denkbaar, waarom die niet op eene andere wijze zou kunnen geschieden; doch zal alsdan de eigenaar natuurlijk het bewijs moeten leveren der gedane opzegging.

---

a) Indien het regt is verleend krachtens eenzijdige beschikking, bij testament.

b) Er moeten dan dertig jaren verloopen zijn sedert het regt van opstal verkregen is, en dat wel onverschillig of het door een titel of door verjaring ontstaat. In het laatste geval moet dus de verjaring voltooid zijn, vóór dat de hier bedoelde dertig jaren beginnen te loopen. Daardoor wordt in dat geval geen langer genot gewaarborgd dan in het eerste. Immers het genot van hem die zijn regt ontleent aan dengene die geen grondeigenaar is, daarover dus niet kon beschikken, kan de werkelijke grondeigenaar, zoolang de verjaring niet voltooid is, elk oogenblik doen eindigen. Laat hij dit na, en is daardoor het regt door verjaring verkregen, dan moet aan dat regt dezelfde kracht worden toegekend, als wanneer het door een titel verkregen was. In beide gevallen zullen dus dertig jaren nadat het regt verkregen is, moeten verloopen vóór opzegging geoorloofd is. Begonnen die dertig jaren reeds te loopen van den aanvang van het bezit of het genot dat tot de verjaring heeft geleid, dan zou gedurende dien tijd de grondeigenaar dit bezit of genot niet, gelijk ten opzigte van het bezit van elk ander onroerend regt geldt, kunnen doen ophouden wanneer hem goeddunkt, maar zou dat genot nog gedurende één jaar na de bij art. 766 bedoelde opzegging voortduren. In gelijken zin Diephuis, III, nis. 914 en 920, die echter in zijn later uitgegeven werk, het *N. B. R.*, t. a. p., bl. 25, het tegenovergestelde gevoelen voorstaat.

6°. Art. 765 zegt, dat het regt onder anderen verloren gaat door de aldaar opgenoemde middelen. Dit kan niet anders beteekenen, dan dat het aan de partijen vrijstaat bij overeenkomst die middelen te wijzigen, te verminderen, of te vermeerderen; want, indien er nog andere middelen bestonden, die, bij gebrek aan overeenkomst, dat verlies medebragten, zou daarvan hier evenzeer gewag gemaakt zijn. Dit belet echter niet, dat dit verlies kan plaats grijpen op grond der algemeene regtsbeginselen, b. v. door de wederzijdsche toestemming der partijen: *nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est. L.* 35 *D. R. J.* Zoo ook, wanneer hij, die het regt van opstal verleend heeft, slechts een tijdelijk of voorwaardelijk regt op den grond had, eindigt het *soluto jure auctoris.*

TITEL VII.

VAN HET ERFPACHTSREGT.

(Artt. 767—783. EERSTE GEDEELTE, § 451—463, bl. 131—133.)

Geschriften: ASSER, 275—279; VOORDUIN, III, 513—530; DIEPHUIS, III, 377—398; LOKE, 141—143; OPZOOMER, III, *B. W.*, 471—496; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 26—60; J. H. J. HUYGENS, *Diss. de emphyteusi, ex princip. jur. Rom. et jur. vet. Belg., et quid de ea re jur. nov. Belg. statutum sit*, L. B. 1830; H. P. J. TOLLENS, *Diss. de emphyteusi sec. J. Rom. et nov. Belg.*, L. B. 1834; J. P. VERLOREN, *Diss. de jur. emph.*, Tr. ad Rh. 1836; *Regtsk. Tijdschr. voor het Notarisambt*, IV, 1, 49—76.

§ **451.** Men moet het erfpachtsrecht (*emphyteusis*) vooral niet verwarren met de huur. Deze laatste is eene overeenkomst, waaruit voor den huurder slechts een persoonlijk regt jegens den verhuurder geboren wordt, om hem het rustig genot der verhuurde zaak te geven. Het erfpachtsregt daarentegen is een zakelijk regt. De erfpachter oefent al de regten van den eigenaar uit (art. 768),

de huurder niet, enz. *a*). Zie verder het verschil tusschen huur en erfpachtsregt in de Redevoering van den heer BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, 514—520. — Meer overeenkomst heeft dit regt met eene soort van vruchtgebruik, in zoo verre de erfpachter, even als de vruchtgebruiker (zie b. v. art. 803, 821 enz.), het volle genot der zaak heeft, zonder die te mogen verminderen of verslimmeren, en onder gehoudenheid van teruggave aan den eigenaar, na het eindigen van zijn regt. Doch, onder meer anderen, bestaat tusschen beiden hierin een groot verschil, dat het vruchtgebruik eindigt met den dood des vruchtgebruikers (art. 854), terwijl de erfpachter zijn regt overdraagt op zijne erfgenamen. Zeer eigenaardig wordt daarom bij DE GROOT, *Inl.*, II, 40, 2, het erfpachtsregt erffelijke togt genoemd.

Eene jaarlijksche pacht. De eigenaar heeft tegen den erfpachter voor de betaling van die pacht (*canon*) eene bloot persoonlijke actie, hoezeer dan ook de grond daarvoor bij voorrang verbonden is, art. 775. Alleen het erfpachtsregt, dat is het regt van den erfpachter op het genot der zaak, is een zakelijk regt, art. 767. Daaruit volgt bovendien, dat de actie tot betaling van canon, indien ten minste daarbij niet gevraagd wordt eene *sententia declaratoria* omtrent de voortdurende verschuldigdheid, van eene zeer bepaalde waarde is, ook dan als de erfpachter den geheelen regtstitel betwist; zoodat de regtbank, indien het bedrag der gevorderde som beneden de *f* 400 is, daarover oordeelt in het hoogste ressort, art. 54 R. O. De bevoegdheid toch van den regter en de appellabiliteit van het vonnis wordt uitsluitend beoordeeld naar de ingestelde actie, en is niet afhankelijk van de verwering, dan alleen in die enkele gevallen, waarin de wet dat uitdrukkelijk anders bepaalt, zoo als b. v. in dat van art. 38 R. O. Anders echter beslist bij arrest van den hoogen raad van 14 November 1856, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXI, 70—85, op goede gronden bestreden in

---

a) De zakelijke actie die de erfpachter aan zijn regt ontleent, kan hij zelfs tegen den eigenaar van den grond uitoefenen, indien deze hem in het genot van zijn regt belemmert.

Weekbl. n°. 1806. Deze pacht (*canon*) behoort volstrekt tot het wezen van het erfpachtsregt. Dit schijnt echter niet te beletten, dat het bij uitersten wil kan worden verleend, aangezien hij, aan wien het gemaakt wordt, meester is, om, indien hem de pacht te bezwarend toeschijnt, het hem gelegateerde regt te verwerpen. Zie DE GROOT, t. a. p., 15; VOET, *ad tit. D. si ager vect.*, 4.

§ **452.** Kan het erfpachtsregt ook door verjaring verkregen worden? Ja, volgens het Romeinsche en oud-Hollandsch regt (zie DE GROOT en VOET, t. a. p.). Neen, zoo het schijnt, volgens het hedendaagsche regt, om dezelfde redenen, waarom het regt van opstal op die wijze niet verkregen wordt. Zie boven, *ad* § 447 *a*).

§ **453.** Hij is echter geen eigenaar, en heeft minder regt dan deze, want: 1°. kan de eigenaar (*dominus directus*) zijne zaak gebruiken en misbruiken (*uti et abuti*), en de erfpachter (*dominus utilis*, *emphyteuta*) alleen gebruiken; 2°. is het regt van dezen laatste tijdelijk, en eindigt na verloop van zekeren tijd. Voor het overige heeft hij, gedurende den tijd van zijn genot, alle de regten, alsof hij werkelijk eigenaar ware. Hij heeft zelfs, als zoodanig, regt op den schat, die daarop gevonden wordt. De vruchtgebruiker heeft dit regt niet, omdat art. 824 het hem uitdrukkelijk ontzegt. Voor den erfpachter maakt de wet nergens zulk eene uitzondering; en de reden voor het onderscheid is bovendien duidelijk. De vruchtgebruiker trekt alleen v r u c h t e n, maar de schat behoort niet tot de vruchten van het erf. De erfpachter daarentegen oefent a l l e d e r e g t e n uit van den eigenaar, en daaronder behoort dat op den gevonden schat wel.

§ **454.** Tot het doen der b u i t e n g e w o n e reparatiën daarentegen kan noch de grondeigenaar, noch de erfpachter genoodzaakt worden. De eerste is tot geenerlei reparatie gehouden (art. 770); de tweede wordt alleen met de gewone belast. De wet zegt niet, wat zij daaronder verstaat, en het zal dus de pligt van den regter zijn, dit in ieder geval *ex bono et aequo* te beoordeelen.

---

a) Zie echter mijne aanteekening aldaar.

Hij zal daarbij echter tot leiddraad kunnen nemen, wat art. 841 bepaalt omtrent vruchtgebruik.

§ **457.** Hier geldt dus de algemeene regel van art. 655 en 656: *quod solo inaedificatur solo cedit*, en zulks om de eenvoudige reden, dat de grondeigenaar zijn goed juist daarom in erfpacht heeft uitgegeven, en zich, gedurende eene reeks van jaren, met een nietig inkomen heeft tevreden gesteld, om het eenmaal bebouwd en beplant terug te bekomen. De erfpachter behoudt wel is waar het regt, om zijne gebouwen of beplantingen weg te nemen; maar alleen in het geval, dat hij tot het daarstellen daarvan niet uit krachte der overeenkomst verpligt was. Art. 772. Is derhalve de grond uitgegeven onder de bepaalde voorwaarde van daarop b. v. een zeker gebouw te plaatsen, dan behoort dit bij het einde der erfpacht aan den grondeigenaar.

§ **458.** 1°. Hierin verschilt de erfpacht van het vruchtgebruik. De vruchtgebruiker betaalt alleen de jaarlijksche en gewone lasten, die gewoonlijk als lasten der vruchten worden beschouwd, art. 843.

2°. Hij kan hiervan geene vrijstelling vorderen, noch uit hoofde van vermindering, noch uit hoofde van het geheel ophouden van het genot. Alleen wanneer hij gedurende vijf jaren van dat genot is beroofd geweest, is hem kwijtschelding verschuldigd voor den tijd van het gemis, art. 776. De huurder daarentegen kan vermindering van huurprijs of zelfs vernietiging van de huur vragen, indien de zaak geheel of gedeeltelijk is vergaan, en dus zijn genot ophoudt of vermindert, art. 1589. De reden van het onderscheid is, omdat de huurprijs alleen voor het genot van den huurder betaald wordt, terwijl de erfpacht noch naar de waarde der zaak, noch naar die der vruchten geëvenredigd, slechts voldaan wordt *in recognitionem dominii.*

3°. *a*).

§ **459.** Wanneer dus het erfpachtsregt door afstand, verkoop of op andere wijze tusschen meerderen verdeeld is, kan de grond-

---

a) De eigenaar kan die vordering eerst instellen bij het eindigen van het erfpachtsregt. „Tot zoo lang kon misschien de erfpachter nog weer goed maken of herstellen, wat hij bedorven had", wordt teregt opgemerkt door Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 50 en 51, alwaar ook de gevolgen van die tijdsbepaling worden aangewezen.

eigenaar voor den canon aanspreken ieder der erfpachters, dien hij goedvindt, en daarvoor den geheelen grond uitwinnen, omdat het regt van den grondeigenaar een last schept, waarmede de geheele grond en dus ook ieder gedeelte daarvan is bezwaard.

§ **460.** 1°. Ten zij, enz. Hij kan zelfs op die wijze de ontzetting uit zijne regten nog voorkomen, ook nadat bij regterlijk vonnis de vervallen-verklaring is uitgesproken. VOORDUIN, 529 *a*).

§ **462.** De tijd, hoe lang het erfpachtsregt duren zal, is, even als voor het regt van opstal, geheel aan de overeenkomsten der partijen overgelaten. Anders was dit in het wetboek van 1830, dat in art. 805 bepaalde dat het noch voor korter dan 27, noch voor langer dan 99 jaren kon worden gegeven. *Regtsg. Bijdr.*, IX, 205, 206.

TITEL VIII.

VAN GRONDRENTEN EN TIENDEN.

(Artt. 784—802. EERSTE GEDEELTE, § 464—472, bl. 133, 134.)

Geschriften: ASSER, 279—284; VOORDUIN, III, 530—548; DIEPHUIS, III, 399—417; LOKE, 143—146; OPZOOMER, II, 112—114; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 3—36; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 94—122; A. A. J. MEYLINK, *pleitmemoriën over het tiendregt en bijlagen* 1).

Het practisch nut van dezen geheelen titel is slechts zeer gering, ten minste wat de tienden betreft. Tegenwoordig toch worden

---

a) Werkelijk schijnt dit aanvankelijk in de bedoeling der Regering te hebben gelegen, eene bedoeling die intusschen in de afdeelingen der Kamer sterken tegenstand ontmoette, VOORDUIN, t. a. p. Intusschen wat daarvan zij, of de woorden van art. 781 die uitlegging toelaten, is betwistbaar. De vervallenverklaring verhinderen, d. i. voorkomen, kan men alleen, zoolang zij nog niet heeft plaats gehad, zoolang de regter haar nog niet heeft uitgesproken. Daarna zou men hare werking, de gevolgen er van kunnen verhinderen, maar hiervan gewaagt de wet niet. OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., bl. 495 en noot 4; DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 55—57.

1) Vooral de bijlagen zijn belangrijk voor de geschiedenis en de kennis van het oude tiendregt.

er wel geene tienden meer gevestigd; en dat de bepalingen van dezen titel even weinig als eenige andere eene terugwerkende kracht hebben op oude tienden, spreekt van zelve, art. 4 *Alg. Bep.* Daarenboven bepaalt art. 802 ten overvloede, dat vroeger gevestigde tienden door dezen titel niet worden geregeld, gewijzigd of vernietigd. Hieruit volgt dat, vermits 1°. in den *C. N.* van geene tienden gehandeld wordt; 2°. deze echter bij art. 218 van het organiek keizerlijk decreet van 12 October 1810 hier te lande gehandhaafd zijn; en 3°. in de artt. 523—528 van het Wetb. Nap. voor Holland slechts zeer onvolledige bepalingen daarover gevonden worden, ook nu nog deze vroeger gevestigde tienden onderworpen blijven aan de bepalingen der oude landsregten, en bovendien nog geregeld worden door het decreet van 22 Januarij 1813, te vinden bij FORTUIN, III, 538—543. Dit decreet is wel is waar ingetrokken bij art. 1 van zeker besluit van 22 October 1814 (*Stbl.* n°. 103), op den zonderlingen grond dat het welligt zoude kunnen inloopen tegen hetgeen later zal worden daargesteld bij het B. W. Maar het spreekt van zelve, dat het wettige decreet van 1813 niet is kunnen vervallen door het ongrondwettig besluit van 1814. Zie meer hierover FORTUIN, t. a. p.

§ **464.** Zij kunnen derhalve worden gevestigd, òf bij afzonderlijke overeenkomst, òf bij de vervreemding of vermaking van een erf; dit laatste heet bij DE GROOT, *Inl.*, II, 46, 2, *cijnsrecht.* De grondrenten stellen een zakelijk regt daar, en rusten bij uitsluiting op den grond, art. 786. En hieruit volgt: 1°. dat de rentschuldige nimmer in zijne overige goederen kan worden aangesproken; 2°. dat te dier zake nimmer tegen hem eene persoonlijke regtsvordering kan worden ingesteld; 3°. dat hij, bij vervreemding van het erf, van die schuld ontslagen wordt en deze op den nieuwen verkrijger overdraagt; en 4°. dat in geval van verdeeling van den grond ieder deel voor de geheele rente verbonden blijft, onverminderd natuurlijk het verhaal op de medeeigenaren en schuldenaren, doch tegen ieder niet verder dan voor zijn aandeel. Hij toch die betaald heeft verkrijgt daardoor niet het zakelijk regt van grondrente, dat alleen bij den rent-

heffer berust, maar eene bloot persoonlijke actie tegen zijne mede-eigenaren tot terugvordering van dat wat hij voor hen betaald heeft. Zie *Regtsg. Adv.*, V, 74—76. Art. 786 zegt ten slotte nog, dat de bepaling niet van toepassing is op de schuldpligtigheid van een zeker aandeel in de vruchten, b. v. op het tiendregt. Wel is ook dit een zakelijk regt; maar de tiendschuldige is bovendien persoonlijk tot de praestatie daarvan gehouden, terwijl aan den anderen kant het in den aard der zaak ligt, dat het alleen voor ieder gedeelte der vruchten kan worden uitgeoefend op dat gedeelte van den grond, dat ze voortbrengt. — Het groote verschil tusschen erfpachtsregt en grondrenten is hierin gelegen, dat bij het eerste hij, die de erfpacht ontvangt, eigenaar is van den grond, terwijl de grondrenten daarentegen betaald worden door den eigenaar.

§ **465.** Het spreekt van zelve, dat ook dit artikel niet kan worden ingeroepen voor oude grondrenten of tienden, en dat men die dus niet krachteloos kan maken, op grond van gemis van overschrijving van den titel, ten zij men aantoone, dat die ook door het oude regt, waaronder het regt ontstaan is, werd voorgeschreven, art. 802. Zie boven bl. 334. Nog verdient het opmerking, dat de overschrijving van den titel van aankomst van tienden nergens uitdrukkelijk wordt voorgeschreven. Niettemin is dit toch denkelijk wel de bedoeling der wet; en wanneer men er op let, dat het tiendregt eigenlijk eene species is van grondrenten (zie beneden *ad* § 466) dan mag men wel aannemen, dat de algemeene bepaling van dit artikel ook op tienden hare toepassing zal behooren te vinden *a*).

§ **466.** Grondrenten is de algemeene benaming; tienden maken daarvan een onderdeel uit. Er is echter tusschen beiden een wezenlijk verschil. Grondrenten bestaan in eene zekere en vooraf

---

a) Dit laatste is dan ook het gevoelen van Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 95 en 96, en Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., bl. 17—20. Volgens deze schrijvers moet in dezen titel, waar sprake is van grondrenten, daaronder ook begrepen worden tienden, voor zoover niet òf de bepaling der wet, òf de aard der zaak het tegendeel medebrengt.

bepaalde jaarlijksche uitkeering, het zij in geld, het zij in voortbrengselen van den grond; tienden in een evenredig aandeel der vruchten. In het wetboek van 1830 waren de tienden ook alleen onder den naam van grondrenten, bestaande in eene zekere evenredige hoeveelheid van vruchten, bekend, art. 825—834. Gewoonlijk wordt daarbij bedongen de uitkeering van een tiende gedeelte der vruchten; van daar de benaming van tienden, ofschoon ook een ander evenredig gedeelte, het zij grooter of kleiner, kan bedongen worden. De wet zegt wel in art. 801 hoe het tiendregt verloren gaat, niet echter, hoe het verkregen wordt. De vraag is gedaan, of dat ook door verjaring geschieden kan? Het schijnt ja. De regel is, dat alle zaken, ook onligchamelijke, verkregen worden door verjaring, art. 2000. Eene uitzondering voor het tiendregt wordt nergens gevonden, terwijl de reden, waarom opstal en erfpachtsregt niet door verjaring verkregen wordt (zie boven *ad* § 447 en 452), hier niet geldt *a*). Dat de titel van aankomst moet worden ingeschreven, zal hiertegen wel geen bezwaar zijn. Art. 784 toch zegt eenvoudig, dat de titel, zoo die er is natuurlijk, in de openbare registers moet worden ingeschreven; niet echter, dat er noodwendig altijd een titel zijn moet; en het bepaalt volstrekt niets over de wijze van eigendoms-verkrijging. Anders echter W. VAN DER JAGT, *Acad. Verh.* over deze vraag, Leiden 1856.

§ **468.** In de beide eerste gevallen zijn er geene of geene tiendbare vruchten ingeoogst. In het derde geval hebben zij geene waarde; er kan dus geen evenredig aandeel worden uitgekeerd *b*). Het staat aan den tiendpligtige volkomen vrij, zoodanige vruchten te teelen, als hij goedvindt, tiendbare of niet tiendbare, zonder dat zelfs, in geval hij het laatste verkiest, deswege van hem eenige vergoeding kan gevorderd worden.

§ **469.** De tiendpligtige die aan deze verpligtingen niet voldoet, bepaaldelijk wanneer hij zich zelven alle de vruchten en daaronder

---

a) Zie ook mijne aanteekening op § 447.

b) Wat onrijp is afgesneden, is nog geen graanvrucht, dus niet tiendpligtig.

de tiend toeeigent, maakt zich daardoor schuldig aan eene onregtmatige daad, die hem reeds, naar den algemeenen regel van art. 1401, blootstelt aan schadevergoeding. Het bedrag dezer vergoeding wordt echter voor dit bijzonder geval geregeld bij art. 795.

§ **470**. Hoe die afkoop geschiedt, als dat bij de vestiging niet geregeld is, en partijen daarover in der minne niet overeenkomen, bepalen de artt. 799 en 800. De afkoop is een regt aan den grondeigenaar in het belang van den landbouw gegeven. Verkiest hij daarvan geen gebruik te maken, de rent- of tiendheffer, aan wien nergens het regt van opzegging gegeven is, kan hem daartoe niet noodzaken. Het spreekt voor het overige van zelven, dat deze bepalingen alleen geschreven waren voor grondrenten en tienden onder de tegenwoordige wet gevestigd, art. 802. Niettemin werd voor de oude tienden gelijk regt gegeven en geregeld bij de artt. 7—11 van het decreet van 22 Januarij 1813, waarover zie boven, bl. 334. Het oude cijnsregt was uit zijnen aard onlosbaar, DE GROOT, II, 46, 3; de reden der tegenwoordige verandering, overgenomen uit art. 530 *C. N.*, is, omdat door die onlosbaarheid, de goederen inderdaad buiten den handel gehouden worden. De zin van art. 798 is derhalve, gelijk wij gezien hebben, dat het den rentschuldige vrijstaat zijne schuld af te koopen, al wil ook de rentheffer daarin niet toestemmen. Ware het anders, art. 798 zou geheel overtollig zijn; want dat afkoop bij onderlinge toestemming kan geschieden, spreekt van zelf, en is ten overvloede bepaald bij art. 801, n°. 2; en het is dan ook juist voor den gedwongen afkoop en voor het niet zeldzaam geval, dat de rentheffer mogt weigeren daartoe mede te werken, dat de wet zelve den afkoopprijs regelt. — Het beginsel van de afkoopbaarheid wordt uitgestrekt tot, en de wijze en voorwaarden van afkoop worden geregeld voor tienden gevestigd vóór de invoering van het B. W., bij de wet van 12 April 1872 (*Stbl.* n°. 25). Indien het eerste, ook met het oog op het decreet van 22 Januarij 1813, misschien niet geheel overbodig was, omdat de voortdurende verbindende kracht daarvan, zoo als wij zagen, niet door allen erkend werd, in ieder geval was het tweede wenschelijk. Art. 1 dier wet bepaalt, dat alle vóór de invoering van het B. W. gevestigde schuld-

pligtigheid van tienden of van eenige andere evenredige hoeveelheid van vruchten, hetzij in deze, hetzij in geld te voldoen, al ware het tegendeel bedongen, op de vordering van den pligtige afkoopbaar is. — De volgende artt. handelen over de voorwaarden van den afkoop, den afkoopsprijs, den *modus procedendi*, enz.

TITEL IX.

VAN HET VRUCHTGEBRUIK.

(Artt. 803—864. EERSTE GEDEELTE, § 473—503, bl. 134—140.)

Geschriften: ASSER, 284—294; VOORDUIN, III, 548—598; DIEPHUIS, IV, 5—136; OPZOOMER II, 114—133; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 37—121; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 122—324; LOKE, 132—139; A. DE WIT, *Diss. de usufr.*, *sec. jus. nov. Neerl.*, L. B. 1835.

Bepaling. Verdeeling.

§ **473.** Deze bepaling komt met die van art. 578 *C. N.* genoegzaam overeen; beiden komen neder op hetgeen men in kortere woorden leest in *Pr. I.* en *l.* 1 *D. de usufr.*, *jus alienis rebus utendi fruendi*, *salva rerum substantia.* De woorden: alsof men zelf eigenaar ware, die in art. 838 van het wetboek van 1830 niet gevonden worden, hadden welligt hier ook beter kunnen wegblijven. De zaak spreekt van zelve, wat de vruchten aangaat, terwijl het genot, dat eigenaar en vruchtgebruiker van de zaak zelve hebben, zeer verschillend is. De eigenaar kan zoo wel het wezen als den vorm daarvan veranderen. De vruchtgebruiker kan noch het één noch het ander, hij moet gebruiken *salva rei substantia.* — De wet noemt dat regt vruchtgebruik, maar kon ook zeggen vruchtgenot; want dat zijn woorden van gelijke beteekenis; en de wet kent niet een afzonderlijk regt van vruchtgenot, onderscheiden van dat van vruchtgebruik.

§ **474.** De slotbepaling van art. 805 is haren oorsprong verschuldigd aan de vrees, dat men anders door eene lange, dikwijls oneindige reeks van opvolgingen, met der daad eene bij art. 926

verboden erfstelling over de hand zou invoeren, ingekleed in den vorm van een vruchtgebruik *a*).

1°. Zoo als het vruchtgenot van ouders van de goederen hunner minderjarige kinderen *b*).

2°. Hetzij bij overeenkomst, hetzij bij uitersten wil.

§ **475**. Van deze onderscheidingen wordt uitdrukkelijk gewag gemaakt in art. 580 *C. N.* In ons wetboek worden zij met stilzwijgen voorbijgegaan, en het was ook niet noodig dit in de wet te bepalen, omdat hij, die bevoegd is een vruchtgebruik te verleenen, zonder eenige bepaling van tijd of voorwaarde, hetzelfde buiten kijf met die beperkingen doen kan: *non debet*, *cui plus licet*, *quod minus est*, *non licere*, *L.* 21 *D. de R. J.* Het volgt bovendien *implicite* uit art. 854.

§ **476**. *a*. Het regt van den vruchtgebruiker van een onroerend goed dagteekent eerst van den dag der in art. 807 gevorderde overschrijving; dat van dien van roerend goed daarentegen vangt aan met de levering. Dit volgt duidelijk uit de woorden van het artikel. Zie ook artt. 667, 671.

Regten van den vruchtgebruiker.

§ **478**. Sluiten de woorden natuurlijke, enz., die nog aan boomen of wortels vast zijn (woordelijk vertaald uit art. 585 *C. N.*), andere natuurlijke of nijverheids-vruchten, b. v. hetgeen door beesten opgeleverd of uit beesten geboren wordt, uit? Neen; er zou voor zulk een onderscheid geene reden denkbaar zijn.

§ **480**. De lijfrente blijft aan den eigenaar toebehooren. De

---

a) Door deze bepaling wenschte de Regering de in den vorm van een vruchtgebruik vermomde, bij art. 926 verboden erfstellingen over de hand tegen te gaan. VOORDUIN III, ad art. 805. Maar dan ook ware het consequent geweest om evenals bij laatstgenoemde, de geheele beschikking, waarbij het vruchtgebruik wordt verleend, nietig te verklaren, en niet alleen ten opzigte van hen die eerst geboren worden, nadat het regt van den eersten vruchtgebruiker is aangevangen.

b) Welk genot hun intusschen slechts toekomt tot het kind huwt of den vollen ouderdom van twintig jaren heeft bereikt, art. 366. — Zie echter DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 139, en V, 188 vlg., volgens wien dit vruchtgenot slechts als een persoonlijk regt der ouders, niet als een zakelijk regt is te beschouwen, zoodat het b.v. niet hypothecair zou kunnen worden verbonden, art. 1210.

renten, die zij jaarlijks voortbrengt, zijn de vruchten; deze behooren aan den vruchtgebruiker, die dus, bij het eindigen van zijn regt, niets terug te geven heeft, dan alleen de bevoegdheid om in het vervolg die renten te trekken. Zie DELV., II, 370.

Loopende renten *a*).

§ **483**. Men wachte zich de woorden, in art. 821: hij heeft alzoo het genot der jagt en visscherij, in eenen beperkten zin te verstaan. Het zijn, even als die regten, waarvan vroeger in dit artikel en in het volgende gesproken wordt, slechts voorbeelden, die geene andere gelijksoortige regten uitsluiten. De regel en het algemeen beginsel, waarop hier alles berust, is en blijft: de vruchtgebruiker heeft het genot van alle regten, waarvan de eigenaar het genot kan hebben, voor zoo verre de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt.

§ **484**. De bepaling van art. 828 wordt in den *C. N.* niet gevonden, en behelst eene gelukkige aanvulling, omdat er nu geen strijd meer ontstaan kan, om te weten, welke regtsvorderingen de vruchtgebruiker kan instellen: namelijk alle zakelijke, die de wet aan den eigenaar toekent; echter, gelijk van zelf spreekt, voor zoo ver zij zijn genot, niet voor zoo ver zij den blooten eigendom betreffen. Zoo heeft hij b. v. het regt, om het genot te vorderen der erfdienstbaarheden, aan het goed verschuldigd, maar niet de *rei vindicatio b*).

§ **485**. De vruchtgebruiker heeft slechts regt op de vruchten. Vruchten nu zijn datgene, wat eene zaak op den duur voortbrengt, *quod nascitur et renascitur;* daaronder kan geen schat begrepen worden. Vindt hij echter zelf den schat, dan krijgt hij de helft, maar als vinder, niet als vruchtgebruiker, art. 824, 642.

§ **486**. De vruchtgebruiker kan zijn regt van vruchtgebruik niet afstaan of verkoopen; maar wel de uitoefening van dat

---

a) Hier komt alles aan op het tijdstip waarop de rente opeischbaar is. Valt dat tijdstip binnen den tijd, gedurende welken zijn regt van vruchtgebruik duurt, dan heeft hij aanspraak op die renten, ook dan wanneer deze loopen over een tijdvak dat aangevangen is vóór of eindigen zal na den tijd gedurende welke hij het regt van vruchtgebruik heeft.

b) Die beperking wordt gewraakt door OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p, ad art. 828, en DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 179—182.

regt, de bevoegdheid om de vruchten te trekken of het vruchtgenot, zoo als dit in art. 819 nauwkeuriger gezegd wordt dan in art. 595 *C. N.*, *son droit.* Zoo stond ook in art. 854 van het wetboek van 1830 minder juist, dat hij het vruchtgebruik kon verkoopen en zijn regt om niet afstaan. De eerste vruchtgebruiker blijft vruchtgebruiker; het vruchtgebruik eindigt met zijnen dood, en niet met dien van hem, aan wien hij het genot der vruchten verkoopt of afstaat, art. 854. Zie ook DE GROOT, *Inl.*, II, 39, 4.

§ **487**. Onder den *C. N.* kon de vruchtgebruiker voor negen jaren verhuren, artt. 594, 1429. Men heeft bij ons die vrijheid tot 4 en 7 jaren beperkt, om de regten der eigenaars niet al te zeer te verkorten, na het eindigen van het vruchtgebruik. — In het wetboek van 1830, art. 862, kwam eene zeer vreemde bepaling voor, overgenomen uit art. 476 van het Wetb. Nap. voor Holl., over het vruchtgebruik van zeeschepen, volgens welke de vruchtgebruiker twee derden van de voordeelen genoot, en één derde aan den eigenaar behoorde, terwijl de schade in dezelfde evenredigheid gedragen werd. Bij de herziening is deze bepaling te regt weggelaten. *Regtsg. Bijdr.*, IX, 207, 208.

Verpligtingen van den vruchtgebruiker.

§ **490**. 1°. Ofschoon de wet nergens den tijd bepaalt, wanneer de vruchtgebruiker aan deze verpligting voldoen moet, kan het echter niet wel twijfel lijden, of dit moet geschieden, even als onder het Fransche regt (art. 600 *C. N.*), vóórdat hij in het genot der zaak kan treden. Anders toch wordt de geheele voorzorg ijdel, en het doel, dat de wetgever zich noodwendig voorstelde, om namelijk van den staat en van de hoeveelheid der zaken, zoo als die waren bij het begin van het vruchtgebruik, te doen blijken, zal nimmer bereikt worden, indien het den vruchtgebruiker wordt vrijgelaten die beschrijving en staat eerst jaren later te doen opmaken. Maar wat, als de vruchtgebruiker nalatig blijft in de vervulling dezer verpligting? Zal hij dan gedurende dien tijd de loopende vruchten verliezen, of zullen hem die later moeten toegeteld worden? Ook onder den *C. N.* bestond deze vraag.

Een arrest van het hoog geregtshof te 's Gravenhage, te vinden in de *Regtsg. Bijdr.*, III, 596, 597, heeft haar in den eersten zin beslist, en het schijnt, dat dezelfde uitspraak ook onder het tegenwoordige regt nog behoort gehandhaafd te worden; want, als de eigenaar verpligt kan worden aan den nalatigen vruchtgebruiker die vruchten uit te keeren, dan zal daaruit volgen, dat hij ook middelerwijl de goederen moet beheeren en daarna rekening en verantwoording van zijn beheer afleggen. Deze verpligting nu wordt hem nergens door de wet opgelegd, en hij zal dus altijd kunnen volstaan met te zeggen, dat er geene vruchten zijn, of dat zij zijn verteerd door reparatiën of andere lasten van het vruchtgebruik. Hiertegen aan te voeren, dat volgens art. 835 aan den vruchtgebruiker de vruchten verschuldigd zijn van het oogenblik waarop het vruchtgebruik zijn aanvang heeft genomen, is niets anders dan eene *petitio principii*, omdat het juist de vraag is, of niet eerst het vruchtgebruik aanvangt van het oogenblik der boedelbeschrijving, en of niet het genot van den vruchtgebruiker ondergeschikt is aan de vervulling zijner verpligtingen, zoo lang niet de wet, gelijk in art. 835, uitdrukkelijk het tegendeel zegt. Zie SCHULLER, *Burg. Wetb. met aant.*, *ad* art. 835. — Anders echter LIPMAN, bl. 335 *a*).

Eenige andere vragen intusschen, uit art. 600 *C. N.* ontstaande, heeft ons artikel beslist, door te bepalen, dat de beschrijving geschieden moet ten koste van den vruchtgebruiker, en dat zij onderhands mag worden opgemaakt, als de eigenaar tegenwoordig is. Uit deze laatste woorden volgt, dat eene notariële akte vereischt wordt, zoo dikwijls de eigenaar niet tegenwoordig is; en te regt, want eene onderhandsche beschrijving, in afwezigheid van den eigenaar opgemaakt, zou al te veel aanleiding tot bedrog kunnen geven. Moeijelijker vraag was het onder den *C. N.*, of men, bij de akte, waarbij het vruchtgebruik gevestigd wordt, van die verpligting kon ontslagen worden? De geachtste schrijvers, zoo als b. v. DELV., II, 393; TOULL., III, 420; DURANT., IV, 598, meenden ja. Bij ons kan door de stellige

a) Zoo ook DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 147 en 148.

woorden van dit artikel geen twijfel over het tegendeel meer bestaan.

Bij de akte, waarbij het vruchtgebruik verleend wordt *a*).

2°. Ofschoon de vruchtgebruiker geregtelijk goedgekeurde zekerheid moet stellen, en deze dus van hem altijd kan worden gevorderd, spreekt het van zelf, dat de eigenaar niet verpligt is dit te vorderen, maar ook kan tevreden zijn met eene in der minne gestelde en door hem goedgekeurde zekerheid. Hij kan van de geheele zekerheid, en dus *a fortiori* van de regterlijke goedkeuring afstand doen, art. 832. Anders echter SCHULLER, *ad* art. 831 *b*).

§ **491**. 1°. Ieder kan afstand doen van een hem toegekend voorregt. De zekerheid wordt gesteld uitsluitend ten behoeve van den eigenaar, al is die een ander dan hij, die het vruchtgebruik verleend heeft; en men mag dus aannemen, dat, ofschoon hier alleen gesproken wordt van de akte van daarstelling — misschien voornamelijk met het oog op eenen uitersten wil, en dus op een geval, waarop hij, die het vruchtgebruik geeft, op het oogenblik, dat dit aanvangt, geen eigenaar meer is — die vrijstelling door den eigenaar altijd, zelfs gedurende het genot van den vruchtgebruiker, en zelfs als het vruchtgebruik niet oorspronkelijk door hem is daargesteld, kan verleend worden.

2°. Er wordt hier uitdrukkelijk gesproken van het wettelijk vruchtgenot, even als in art. 601 *C. N.* van *usufruit légal.* Men mag dus niet met DELV., II, 394, de uitzondering ook uitstrekken tot die goederen, waarvan ouders een ander dan dat vruchtgebruik hebben. Had de wetgever dit gewild, hij zou van vruchtgebruik in het algemeen gesproken hebben *c*). Voor het overige blijkt ook hieruit, dat dit wettelijk vruchtgenot inderdaad een vruchtgebruik is. Zie boven *ad* § 225. Om dezelfde reden kan men aan DELV., t. a. p., ook niet toestemmen,

a) Van die verpligting kan men nimmer worden ontslagen, ook niet bij eene latere akte. OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p, bl. 70 noot 1; DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 145.

b) Zoo ook OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., bl. 71 en noot 3.

c) Zoo b.v. moeten de ouders zekerheid stellen, indien hun het vruchtgebruik en aan hunne kinderen de bloote eigendom van een goed is gemaakt.

dat hij, die het vruchtgebruik onder eenen bezwarenden titel verkrijgt, geene zekerheid zou behoeven te stellen. De regel is, dat elk vruchtgebruiker dit doen moet. De wet geeft eenige uitzonderingen, maar de regel geldt in alle andere door de wet niet uitgezonderde gevallen.

3°. Natuurlijk tenzij het tegendeel zij bedongen.

4°. Andere personen *a*).

5°. Behoudens het regt van den eigenaar om te vorderen, dat dat gedeelte der goederen, dat voor het gebruik van den vruchtgebruiker niet noodzakelijk is, zal worden verkocht, en de prijs daarvan belegd, art. 834. De vruchtgebruiker blijft derhalve, door de bloote aflegging van den eed, in het bezit van al de goederen; en het is aan den eigenaar, die een gedeelte daarvan wil doen verkoopen, dit in regten te vragen, en te bewijzen, dat zij voor het gebruik des vruchtgebruikers niet noodzakelijk zijn. Volgens den *C. N.* daarentegen moest aan den eigenaar, op zijn verzoek, de verkoop van al de goederen worden toegestaan, en kon de vruchtgebruiker slechts verzoeken, dat hem dat gedeelte gelaten wierd, dat tot zijn gebruik noodig kon zijn, in welk geval hij dit laatste bewijzen moest. (Art. 603 *C. N.*)

6°. Hij behoeft nimmer iets terug te geven, art. 811. Het spreekt dus van zelf, dat hij geene zekerheid behoeft te stellen.

§ **493**. De eigenaar heeft dus de keus, om het goed zelf te blijven besturen, in welk geval hij intusschen tot het stellen van zekerheid verpligt is, of om het te doen verhuren, beleggen of verkoopen. De *C. N.*, art. 602, kende alleen het laatste.

§ **494**. 1°. Kan de vruchtgebruiker den eigenaar noodzaken tot het doen der grove reparatiën, die ten diens laste blijven? *Adhuc sub judice lis est.* Men heeft art. 605 *C. N.* letterlijk vertaald, en onder dezen waren de gevoelens verdeeld. Daar zijn er, die beweren, dat uit de woorden blijven ten laste, enz. niets anders volgt, dan dat de vruchtgebruiker daartoe niet kan verpligt worden, maar dat de eigenaar, als hij ze

a) De zekerheid moet dan door die personen gesteld worden, art. 836. De zekerheid wordt gevorderd tot waarborg dat die zaken, na het eindigen van het vruchtgebruik in ongeschonden toestand zullen worden teruggegeven.

verlangt, ze op eigen kosten moet laten doen. Het is echter moeijelijk te beseffen, welk onderscheid het maakt, of men zegt, dat ik iets doen moet, of dat het ten mijnen laste blijft. De voorstanders van dit gevoelen beroepen zich verder op de bekende woorden der *l.* 15, § 1 *D. de servit.: servitutis non ea est natura, ut aliquis faciat quid, sed ut patiatur, aut non faciat.* Zonder er nu sterk op aan te dringen, dat in het nieuwe regt, even als in het Fransche, vruchtgebruik geene dienstbaarheid is, mag men echter vragen, wat dan de bepaling van art. 842 beteekent, indien het reeds zeker was, dat de eigenaar tot geene reparatiën, hoe ook genaamd, kon verpligt worden, en hoe de eigenaar, die zijn goed door nalatigheid in het doen der noodige (ofschoon dan grove) reparatiën, b. v. het herstellen der daken (art. 841), laat te niet gaan, aan zijne verpligting zal voldoen, om den vruchtgebruiker het vruchtgebruik te laten genieten in dier voege, als hij dit volgens art. 825 doen moet? Zal men dan misschien met Delv., II, 398, hier de bepaling van art. 844 moeten toepassen, en zeggen, dat wel de eigenaar verpligt is tot het doen dier reparatiën, maar dat de vruchtgebruiker er hem de interessen van betalen moet? Neen, art. 844 spreekt alleen van buitengewone lasten, en niet van grove reparatiën, waartoe dus de eigenaar zonder eenige vergoeding genoodzaakt kan worden. Men kan dit gevoelen breeder ontwikkeld vinden bij Pothier, *Tr. du Douaire*, n°. 247. Wat grove reparatiën zijn, zie art. 841 *a*).

2°. De buitengewone lasten worden door het erf gedragen, maar de interessen der daarvoor bestede gelden worden uit de vruchten gevonden, en door den vruchtgebruiker voldaan. Zoo hij die lasten voorgeschoten heeft, moet de eigenaar hem deze, bij

---

a) De eigenaar kan den vruchtgebruiker tijdens het vruchtgebruik, niet noodzaken tot het doen van de reparatiën, die ten diens laste komen. Bij nalatigheid hierin kan hij wel de vernietiging van het vruchtgebruik vorderen, doch alleen wanneer zulks tot verval van het goed leidt. Bij het eindigen van het vruchtgebruik heeft hij bovendien aanspraak op vergoeding van de schade door die nalatigheid aan zijn eigendom toegebragt. Vonnis van de arr.-regtbank te Amsterdam van 14 Oct. 1879, *W.* n°. 4471.

het einde van het vruchtgebruik, terugbetalen zonder dat hij echter daarvoor interessen kan vorderen. Heeft daarentegen de eigenaar de lasten betaald, dan moet de vruchtgebruiker hem daarvan jaarlijks, zoolang het vruchtgebruik duurt, de interessen voldoen. Op hetzelfde beginsel berust ook de wijze, waarop, volgens art. 845, de vruchtgebruiker in de schulden deelt.

5°. Der regtsgedingen, die zijn vruchtgebruik betreffen *a*).

§ **495.** 1°. Op dat tijdstip, namelijk van het einde van het vruchtgebruik, mits niet door zijn bedrog of door zijne schuld verslimmerd; en niet zoo als zij waren bij den aanvang van het vruchtgebruik.

En zoo het, enz. Wij hebben, boven *ad* § 473, gezien, dat het behoud der zaak behoort tot de eigenschappen van het vruchtgebruik, dat alleen bestaat in het genot der vruchten, *salva rei substantia.* Het noodzakelijk gevolg hiervan is dan ook, dat een eigenlijk gezegd vruchtgebruik van die zaken niet mogelijk is. De Romeinsche regtsgeleerden leerden dit ook; maar zij lieten alleen van die zaken *utilitatis causa* een *quasi-ususfructus* toe, dat ook hier bij ons wordt aangenomen. Zie *l.* 7 *D. de usufr. ear. rer. qu. us. cons.;* § 2 *I. de usufr.* — De laatste woorden van art. 587 *C. N.: ou leur estimation, à la fin de l'usufruit*, hadden de zeer betwiste vraag doen ontstaan, of het de waarde was, die de zaken bij het begin of wel die zij bij het einde van het vruchtgebruik hadden. Ons art. 804 heeft haar in den eersten zin beslist. En te regt, want de vruchtgebruiker wordt, zoo als wij gezien hebben, eigenaar van de goederen, onder de voorwaarde, om hunne waarde, hetzij dan in natura, hetzij in geld, terug te geven. Schatte men nu de waarde naar den prijs, dien de goederen bij het einde van het vruchtgebruik zouden gehad hebben, hetgeen bovendien altijd zeer moeijelijk zijn zou, dan zou men niet zoo zeer de waarde der

a) Betreft het geding uitsluitend den eigendom, zonder dat zijn genot daarbij betrokken is, dan moet de eigenaar de kosten alleen betalen. Betreft het geding den eigendom en het vruchtgebruik en zijn zoowel de eigenaar als de vruchtgebruiker daarin betrokken, dan moeten zij de kosten gezamenlijk dragen naar den maatstaf, aan het slot van art. 848 aangewezen.

goederen, die men in vruchtgebruik gehad heeft, betalen, als wel die van andere gelijksoortige goederen, die men eigenlijk niet in vruchtgebruik gehad heeft. De eersten immers bestaan niet meer, en hebben die waarde wellicht nooit gehad Eene andere vraag is het, aan wien de keuze verblijft, om te bepalen, wat van beiden de vruchtgebruiker zal teruggeven, de gelijke hoeveelheid, hoedanigheid en waarde, of wel den prijs. Men schijnt zich hier te moeten gedragen naar den algemeenen regel voor alternatieve verbindtenissen, die leert, in art. 1308 en 1309, dat de keuze verblijft aan den schuldenaar, dat is dus hier aan den vruchtgebruiker.

2°. Daarbij kunnen echter, enz. Deze bepaling is zeer billijk: zij wordt in art. 599 *C. N.* niet gevonden.

De bepalingen van de artt. 851 en 852 berusten op den regel: *res perit domino.* Daarom behoeft de vruchtgebruiker den eigenaar niet schadeloos te stellen voor één of meer gestorven beesten, of voor eene geheele kudde, die buiten zijne schuld verloren gaat; maar de huiden, die een gedeelte der zaak en niet der vruchten zijn, behooren den eigenaar. Art. 852 heeft te regt het stilzwijgen van art. 615 *C. N.* omtrent dit laatste punt aangevuld.

Eindelijk wordt in art. 853 aan den vruchtgebruiker van een schip eene tot dus verre onbekende verpligting opgelegd.

Bestuurders van het aan vruchtgebruik onderworpen goed.

§ **497.** In den *C. N.* vindt men van deze personen alleen gewag gemaakt in art. 602, voor het geval, dat de vruchtgebruiker geene zekerheid vinden kan. Het spreekt echter van zelf, dat het ook toen aan de partijen vrijstond bestuurders over die goederen te benoemen; maar de verpligtingen, die deze alsdan te vervullen hadden, waren alleen die, welke hun bij hunne benoeming opgelegd, en die door hen aangenomen waren. Bij ons daarentegen schrijft de wet, bij gebreke van bijzondere overeenkomsten, de regelen voor, waarnaar zij zich te gedragen hebben. Zij worden aangesteld door den schenker of erflater; doch, wordt het vruchtgebruik onder een bezwarenden titel verkregen, dan wordt de toestemming van beide partijen vereischt. Somtijds

kunnen zij ook door den regter worden benoemd, zoo als in de gevallen van art. 833, 863.

§ **498**. Zij moeten alleen den eigenaar of den vruchtgebruiker, wiens regten worden aangerand, daarvan kennis geven, op denzelfden voet als dit in art. 849 aan den vruchtgebruiker bevolen wordt.

Van eene behoorlijke volmagt voorzien, kunnen zij altoos, in hoedanigheid van gemagtigde, hetzij voor den eigenaar, hetzij voor den vruchtgebruiker, in regten optreden. Bij ons is dit niet vreemd, omdat ons regt den Franschen regel: *nul ne plaide par procureur*, niet kent. Zie *Handl. tot het Wetb. van B. R. Aant. ad* § 8. Juist dit echter maakt misschien de geheele bepaling tamelijk overbodig. Ieder ander, van behoorlijke volmagt voorzien, kan dit evenzeer; en dat niemand, en dus ook niet deze bestuurders, zonder volmagt voor een ander in regten kunnen optreden, spreekt insgelijks van zelven.

§ **499**. Zijn zij ook verpligt tot het laten opmaken van de beschrijving en staat, waarvan in art. 830 gesproken wordt? Neen; de wet legt hun deze verpligting nergens op, maar spreekt alleen van het stellen van zekerheid. De vruchtgebruiker moet dus hiervoor zorgen, op straffe van de loopende vruchten te verliezen; en de bestuurders mogen dit zelfs zonder zijne medewerking niet doen, op straffe van nietigheid. Dit moge vreemd schijnen, omdat toch de vruchtgebruiker schijnt ontslagen te zijn van alle verantwoordelijkheid, die geheel op de bestuurders overgaat (art. 837); *sed lex ita scripta est.*

§ **501**. Zij kunnen afgezet worden, maar door wien? — Waarschijnlijk door de arrondissements-regtbank, behoudens hooger beroep, tenzij zij zelve in hunne afzetting bewilligen. Ofschoon de wet dit niet uitdrukkelijk zegt, kan men dit vooreerst uit den aard der zaak opmaken, en ten tweede zich met grond beroepen op art. 438, waar hetzelfde van voogden geleerd wordt.

§ **502**. En dus niet alleen indien het geheele bewind, maar ook indien het in den persoon van den bewindvoerder, b. v. door diens overlijden, ophoudt. *In jure constituendo* zou er misschien veel voor te zeggen zijn, dat in dit laatste geval de benoeming van nieuwe bewindvoerders kan worden gevorderd, vermits toch

de reden van het bewind, dat men namelijk vreesde in het beheer van den vruchtgebruiker geene genoegzame zekerheid te hebben, in dit geval niet ophoudt. De wet is echter te algemeen en de uitlegging te gedwongen. De woorden om welke reden ook vooral, laten dit niet toe. Dat de vruchtgebruiker echter, als het bewind ophoudt, zekerheid moet stellen, spreekt van zelf, art. 831.

Hoe het vruchtgebruik eindigt.

§ **503.** 1°. Meer personen gezamenlijk *a*).

En dat, enz. Men heeft niet gewild, dat vruchtgebruik en eigendom al te lang van elkander zouden gescheiden zijn; daarom was men reeds in den *C. N.* teruggekomen van het beginsel, dat vruchtgebruik aan een zedelijk ligchaam toegestaan, 100 jaren duurde; *quia is finis est vitae longaevi hominis. L.* 56 *D. de usufr.*, *l.* 80 *D. de usufr. leg.* — Hetzelfde beginsel gold ook in het oud-Hollandsch regt, DE GROOT, *Inl.* II, 39, 15; VAN LEEUWEN, *R. H. Recht*, II, 9, 13. Men is bij ons nog verder gegaan dan in art. 619 *C. N.* en art. 506 van het wetboek Nap. voor Holl., door te bepalen, dat zoodanig vruchtgebruik niet langer dan voor dertig jaren mag gegeven worden.

5°. De verjaring wordt hier bij de wet zelve nader omschreven. Het vruchtgebruik kan alleen door niet-gebruik van dertig, niet van twintig jaren verloren gaan; en de bepaling van art. 2000 is daarop niet van toepassing. Wel kan een derde den eigendom van het goed door twintigjarige verjaring verkrijgen, maar niet anders dan met den daarop klevenden last van vruchtgebruik. Anders echter TOULLIER, III, 458, en andere Fransche schrijvers; maar de wet is duidelijk en algemeen.

6°. Van een gebouw, enz. Dat alles volgt uit het beginsel, dat het vruchtgebruik eindigt, als de daaraan onderworpen goederen ophouden te bestaan. De vruchtgebruiker kan niet meer

---

a) Sterft een hunner, dan heeft er ten behoeve van de overblijvenden aanwas plaats. Zij treden dan in het genot van dat gedeelte, dat den overledene toekwam, zoodat ten slotte de langstlevende het genot van het geheel erlangt.

het vruchtgebruik hebben van een huis, dat niet meer is; hij kan het ook niet hebben van den grond en van de overblijfselen, want dit was hem niet gegeven. Dus is het vruchtgebruik geëindigd, en kan het niet herleven, ook dan niet, wanneer het huis op dezelfde plaats weder opgebouwd wordt; want dat zal dan toch altijd een nieuw huis zijn *a*). Hetzelfde geldt ook omtrent schepen. Volgens strenge regtsbeginselen is deze leer onwederlegbaar, en valt er niets op af te dingen; onze wetgever heeft hierin het Fransche en het Romeinsche regt vermeend te moeten volgen, met voorbijgang van de tegenovergestelde leer van POTHIER, die toch misschien billijker was. Art. 624 *C. N.*, *l.* 5, § 2 *D. usufr. quemadm. amit.;* POTHIER, *Tr. du Douaire*, n°. 256.

7°. In dit geval echter wordt het aan de beslissing van den regter overgelaten, hetzij om de geheele vernietiging van het vruchtgebruik uit te spreken, hetzij om de goederen onder het beheer van een ander te stellen, hetzij eindelijk, om die aan den eigenaar terug te geven, met last, om jaarlijks aan den vruchtgebruiker eene bepaalde som te betalen; art. 863.

Gaat het vruchtgebruik ook te niet door de gedwongen onteigening van de zaak ten algemeenen nutte? Deze vraag bestond reeds onder den *C. N.*, en is niet beslist. Het schijnt echter, dat het vruchtgebruik door de onteigening niet verloren gaat, maar dat de vruchtgebruiker zijne regten blijft uitoefenen op den prijs, die voor de zaak betaald wordt. Zie verder PROUDHON, *Tr. de l'usufr.*, t. III, n°. 2526, waar dat gevoelen in het breede ontwikkeld wordt. Zie ook DE WIT, *Diss.* p. 160, *sqq.*, ofschoon natuurlijk het beroep op art. 18 der wet van den 10 Mei 1810 vervalt. (Zie boven *ad* § 374.) De tegenwoordige wet op de onteigening van 28 Augustus 1851 (*Stbl.* n°. 125), beslist bovendien thans duidelijk in art. 45, dat de vruchtgebruiker

a) Hieruit volgt tevens dat zulks het geval niet is, als het vruchtgebruik is gevestigd niet enkel op een gebouw, maar op een stuk grond, waarvan het gebouw een gedeelte uitmaakt. Dan gaat door vernieling van het gebouw, het goed dat het voorwerp is van het vruchtgebruik, niet te niet, blijft dus ook het vruchtgebruik bestaan. Van de bouwstoffen mag hij dan zelfs op de wijze bij het tweede lid van art. 859 bepaald, gebruik maken.

van de onteigening geen lijdelijk aanschouwer behoeft te blijven. Hij heeft regt op de interessen van de aan den onteigende als schadeloosstelling toegekende som, die op zijn verlangen op één der grootboeken der nationale werkelijke schuld wordt ingeschreven.

TITEL X.

VAN HET GEBRUIK EN DE BEWONING.

(Artt. 865—876. EERSTE GEDEELTE, § 504—512, bl. 141.)

Geschriften: ASSER, 294; VOORDUIN, III, 598—600; DIEPHUIS, III, 136—152; OPZOOMER, II, 133—136; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 126—136; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 324—347; LOKE, 139.

§ **504**. Deze regten kunnen echter niet, gelijk het vruchtgebruik (zie boven, *ad* § 474), uit de enkele kracht der wet ontstaan. — Het gebruik komt in de meeste opzigten met het vruchtgebruik overeen; het voorname onderscheid is daarin gelegen: *quod minus juris est in usu quam in usufructu*, § 1. *I. de us. et. hab.* — De vruchtgebruiker heeft regt op al de vruchten, art. 808; de gebruiker alleen op die, welke hij tot onderhoud van zich en van zijn huisgezin noodig heeft, of die hem bij den titel van aankomst zijn toegezegd, art. 867, 868: *cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.; L.* 2 *D. de us. et hab.*

§ **505**. Bewoning laat zich niet anders denken dan van huizen, dus van onroerende zaken; het gebruik, hoezeer ook meestal bestaande voor onroerende, is niettemin ook bestaanbaar van roerende zaken, als van beesten, enz. Zie art. 871. Alleen zaken, die door het gebruik te niet gaan, zijn voor geen regt van gebruik vatbaar. Zie beneden *ad* § 510.

§ **509**. De vruchtgebruiker, daarentegen, mag dit wel doen, art. 819 *a*). De reden van dit onderscheid is deze: de vrucht-

---

a) Ook de vruchtgebruiker mag zijn regt niet aan een ander afstaan of verhuren. Alleen de uitoefening van dat regt, de bevoegdheid om de vruchten te trekken, mag hij aan een ander verhuren of afstaan. Ook mag hij het aan het regt onder-

gebruiker geniet al de vruchten; het is den eigenaar dus volkomen onverschillig wie dat regt uitoefent; maar de gebruiker heeft slechts die vruchten, die tot zijn onderhoud noodig zijn, en het zou kunnen gebeuren, dat de behoeften van hem, aan wien hij zijn regt afstond, grooter waren dan de zijne, en dat de eigenaar bij gevolg bij dien afstand schade zou lijden. Zie ook *l.* 8 *Pr.*, *l.* 11 *D. de us. et hab.*, § 2 *I. eod.*

§ **510**. Eene eigenlijke reden, waarom men de *res fungibiles* niet zou m o g e n afstaan in gebruik, laat zich zeker moeijelijk denken, maar het artikel behelst dan ook minder dat verbod, dan wel de bepaling, dat het gebruik daarvan wordt beschouwd als vruchtgebruik; gelijk dan ook inderdaad beide regten op die zaken nagenoeg op hetzelfde nederkomen. In dien zin leert ook JULIANUS in *l.* 5, § 1 *D.*: *idem continere usum pecuniae et aliarum rerum quae in abusu sunt, quam ususfructus.* Zie ook *l.* 10 § 1 *eod. a*).

T I T E L XI.

VAN ERFOPVOLGING BIJ VERSTERF.

(Artt. 877—920. EERSTE GEDEELTE, § 513—537, bl. 142—148.)

Geschriften: ASSER, 294—312; VOORDUIN, IV, 1—44; DIEPHUIS; IV, 153—241; OPZOOMER, II, 136—153; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 139—196; DIEPHUIS, *N. B. R.* VIII, 1—124; LOKE, 498—564; *Themis*, 1841, bl. 49—65, 158—173.

Algemeene bepalingen over erfopvolging.

§ **513**. De nalatenschap wordt alleen geopend door den natuurlijken dood, sedert de burgerlijke dood is afgeschaft (art. 4).

---

worpen goed aan een ander verhuren of verpachten. De bevoegdheid hiertoe den gebruiker en den bewoner te ontzeggen, is het doel van de artt. 870 en 874, zie boven § 486.

a) Nadat de wetgever in art. 804 een vruchtgebruik van verbruikbare zaken had erkend, kon hij ten opzigte van die zaken ook een regt van gebruik erkennen. Intusschen is ten opzichte daarvan evenmin een eigenlijk gezegd gebruik als een

Hereditas alicujus qui vivit in rerum natura non est, zegt POMPONIUS, in *l.* 1 *D. de hered. vel act. vend.* Erfopvolging is eene wijze van eigendoms-verkrijging. Dat dit echter niet tengevolge heeft, dat hij, aan wien bij scheiding onroerende goederen zijn toebedeeld, daardoor alleen, en zonder overschrijving in de openbare registers, reeds eigenaar wordt van die goederen, dat hij daarover als eigenaar kan beschikken, zagen wij boven *ad* § 393, n°. 6.

§ **514.** De onderscheiding tusschen de *successio testamentaria* en die *ab intestato* bestond reeds in het Romeinsche en in het oud-Hollandsche regt. § 6 *I. per qu. pers. acq.;* DE GROOT, *Inl.*, II, 15, 3. In het Fransche regt was een geheel andere weg ingeslagen. Dit noemde alleen erfgenamen hen, die als naaste bloedverwanten, *ab intestato*, tot de erfenis van den overledene door de wet geroepen werden; zij traden in allen gevalle van regtswege in het bezit van al de goederen en regten van den overledene; terwijl zij, die bij uitersten wil geregtigd waren verklaard om zelfs de geheele nalatenschap te beuren, altijd slechts legatarissen (*légataires universels*) genoemd werden, en, behoudens eene enkele uitzondering (art. 1006 *C. N.*), van de wettige erfgenamen de afgifte der nalatenschap moesten vragen, of ten minste zich door den regter in het bezit daarvan moesten doen stellen. Art. 723, 724, 1002—1009 enz. *C. N.* — Zie meer hierover bij de Fransche schrijvers, bepaaldelijk CHABOT DE L'ALLIER, *Commentaire sur les successions, suivant le C. C.*, *ad* art. 724, n°. 13 en 14.

In de vroegste tijden echter schijnt ook hier te lande de erfopvolging bij uitersten wil niet toegelaten, en alleen die bij versterf bekend te zijn geweest. DE GROOT, t. a. p., 2; BARELS, Aanmerkingen over het zoogenaamd enkel en dubbel

---

vruchtgebruik denkbaar. Tot beider wezen toch behoort, dat men van eens anders goed met instandhouding daarvan genot hebbe, hetgeen niet mogelijk is ten opzigte van zaken die door het gebruik te niet gaan. Daarom was eene uitdrukkelijke bepaling noodig om vast te stellen, waarin het regt van gebruik op zoodanige zaken bestaat.

verband 1); *Regtsg. Bijdr.*, VI, 85—93. Het Fransche stelsel evenwel schijnt hier te lande weinig bijval te hebben gevonden; het gaf aan de wettelijke erfgenamen de gelegenheid, om de bij uitersten wil geroepenen schromelijke moeijelijkheden en hinderpalen in den weg te leggen, en men was ook dikwijls verlegen om te weten, welke bepalingen op die zoogenaamde *légataires universels* al dan niet moesten worden toegepast. Men heeft deze en dergelijke vragen willen afsnijden, en men is daarom tot het oude regt teruggekeerd, door zoowel hen, die door eenen uitersten wil, als hen, die door de wet tot eene nalatenschap geroepen worden, erfgenamen te noemen (art. 879, 921, 923);

---

1) Het zal misschien niet ongepast zijn kortelijk op te helderen wat men onder die uitdrukking: enkel en dubbel verband, verstond, en, bij gevolg, welke de strekking van dit weinig bekend, doch niet onbelangrijk werkje van BARELS is. — DE GROOT, *Inl.*, 20, 12; VAN LEEUWEN, *R. H. Recht*, III, 8, 6—9; IV, 13, 16; VOET, *ad tit. D. ad Sctum Trebell.* 5, en ook andere schrijvers leerden, dat door de uitdrukking in eenen uitersten wil: dat het goedt niet zal vervreemden van de zijde, linie of bloede des testateurs, of dat het goedt altijd zal blijven aan de zijde, bloede of linie van den testateur, zonder daarvan te vervreemden, een *fideicommis* werd gevestigd, met dat gevolg, dat de erfgenamen over die goederen niet konden beschikken, doch die aan de bloedverwanten van den erflater moesten nalaten. In Amsterdam alleen hadden, volgens dezelfde schrijvers, deze woorden die kracht niet; doch stelden zij slechts daar het enkel verband, krachtens hetwelk de goederen niet tot de bloedverwanten van den erflater overgingen, dan voor zoo verre de erfgenamen daarover niet onder de levenden en na doode beschikt hadden. Dubbel verband eindelijk, of *fideicommis*, met verbod tot vervreemding aan den erfgenaam, had, volgens hen, daar ter stede eerst plaats, indien aan den erfgenaam het maken van andere bepalingen verboden, of de persoon, op wien het goed na zijn overlijden zou overgaan, benoemd was. — Deze geheele leer nu wordt door BARELS in zijne aanmerkingen bestreden. Volgens hem is, ja, de laatstgenoemde beschikking overal een *fideicommis*, maar stellen de eerstgenoemde woorden, zoo min in eenige andere stad als in Amsterdam, een verband of een verbod van vervreemding of beschikking daar; doch alleen eene verkiezing van landregt, namelijk van Schependoms- en uitsluiting van het Aesdoms-recht; waardoor alleen geregeld werd, op welke wijze, volgens welk regt de goederen van den erflater *ab intestato* zouden worden geërfd en verdeeld; zoodat het den erfgenaam vrijstond daarover naar welgevallen weder te beschikken onder de levenden of na doode; en dat alleen die goederen, waarover hij niet beschikt had, tot de bloedverwanten van den erflater terugkeerden of *ab intestato* volgens het schependomsregt geërfd werden. Over het Aesdoms- en Schependoms-recht, zie beneden, *ad* § 528, en over de verkiezing van landregt, DE GROOT, *Inl.*, II, 29. — Het werkje van BARELS wordt zeer geprezen door MEIJER, *Regtsg. Bijdr.*, VI, 62.

door de éénen zoowel als de anderen van regtswege in het bezit te doen treden der nagelaten goederen en regten (art. 880, 1002); door aan beiden de *petitio hereditatis* toe te kennen (art. 881, 882, 1002); in één woord, door beiden, als erfgenamen, op ééne lijn te plaatsen.

§ **515**. Bij deze wet zijn afgeschaft de artt. 884 en 957 B. W. Over de beperking van het erfregt voor vreemdelingen in Nederland hetzij *ab intestato*, hetzij *ex testamento*, zie eerste ged., bl. 31. De bepaling van dit artikel is dan ook geene gedeeltelijke uitsluiting van vreemdelingen. Haar doel is alleen om den Nederlander uit de in Nederland met vreemdelingen geërfde goederen schadeloos te stellen voor dat gedeelte derzelfde nalatenschap dat zich in het buitenland bevindt, en waarvan hij door de vreemde wet wordt uitgesloten *a*).

ERFOPVOLGING BIJ VERSTERF.

Algemeene bepalingen.

§ **516**. Hiermede zijn dus afgeschaft de menigvuldige en, zoo de ondervinding schijnt geleerd te hebben, toch nog niet voldoende en onvolledige onderscheidingen van artt. 720—722 *C. N.*, die, in dat geval, het vermoeden van vroeger of later overlijden afhankelijk maakten van den ouderdom en van de kunne der gestorvenen. — Bij ons is nu slechts één algemeene regel; allen worden vermoed op hetzelfde oogenblik gestorven te zijn; en het gevolg is, dat er geen overgang van erfenis van den ééne op den andere plaats heeft. — Als A, die twee zonen B en C heeft, door hetzelfde ongeval, b. v. dezelfde schipbreuk, met zijnen oudsten zoon B sterft, dan heeft er geen overgang van erfenis van A op B plaats, doch, zoo deze kinderen heeft, erven deze dadelijk van hunnen grootvader, als vertegenwoordigende hunnen vader (art. 889, 893, 899); doch, in dat geval, is het voor die

---

a) Deze bepaling heeft derhalve niet ten doel den Nederlander te bevoordeelen boven den vreemdeling, maar alleen om te voorkomen dat deze door de werking van het vreemde regt, ten koste van gene bevoordeeld worde.

kinderen vrij onverschillig, van wien zij de nalatenschap bekomen, van hunnen vader of van hunnen grootvader. Heeft B daarentegen geene kinderen, dan bekomt C de geheele nalatenschap van zijnen vader, en voor dezen is de vraag, of hij van zijnen vader erft of van zijnen broeder, van meer belang. In het tweede geval is hij aan de schatkist meer regt van successie verschuldigd dan in het eerste. Art. 41 van de wet van 13 Mei 1859 (*Stbl.* n°. 36), zooals dit is gewijzigd bij art. 7 van de wet van 9 Junij 1878 (*Stbl.* n°. 95). Ons artikel beslist nu deze vraag in zijn voordeel. Er heeft geen overgang van erfenis van A op B plaats gehad, en C bekomt dus de geheele nalatenschap dadelijk van zijnen vader. Belangrijker echter nog is de vraag in het volgende geval. Men stelle, dat A als eenige bloedverwanten heeft B en C, zijne volle neven, kinderen van zijnen oom van vaders zijde, en dat de moeder van B en C nog in leven is. Nu sneuvelen A en B op denzelfden dag in het gevecht, zonder dat het blijkt, wie het eerst gestorven zij. Indien het in dat geval bewezen kon, of er voor gehouden moest worden, dat B het langst geleefd had, en dus de halve nalatenschap van A had kunnen beuren, dan zou deze helft weder voor de helft overgaan op de moeder van B (art. 902). — Nu echter moeten beiden geacht worden op hetzelfde oogenblik te zijn gestorven, zonder dat er eenige overgang van erfenis hebbe plaats gehad: C bekomt dus de geheele nalatenschap van A. — Dat vermoeden echter van gelijktijdig overlijden wordt slechts dan aangenomen, indien men niet weten kan, wie het eerst overleden is. Wordt het laatste bewezen, dan houdt het eerste op *a*).

§ **517.** Ook het onderscheid van het Fransche regt tusschen regelmatige en onregelmatige erfopvolging is vervallen (*succession régulière et irrégulière*); de natuurlijke kinderen en de langstlevende echtgenoot zijn erfgenamen, zoo dikwijls zij tot de nalatenschap geroepen worden, en treden als zoodanig van regtswege in het bezit der goederen en regten.

---

a) Over de beteekenis en het nut van dat art. wordt verschillend gedacht. Zie Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., ad art. 878, en Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., 21—26.

3°. De staat echter wordt geen erfgenaam; aan hem behooren de nalatenschappen, waarop niemand eenig regt kan doen gelden, als *bona vacantia*, en hij moet zich in het bezit daarvan doen stellen door den regter (art. 576, 880), die vooraf onderzoekt, of de nalatenschap werkelijk als onbeheerd moet worden aangemerkt. Maar het regt van den staat is geheel onafhankelijk van eene voorafgaande vacantverklaring der nalatenschap en van de benoeming van eenen curator, op de wijze van de artt. 1172—1176. Ook zonder dit vervallen de goederen aan den staat bij gebreke van bloedverwanten of van den langstlevenden echtgenoot.

§ **518.** Dadelijk en op het oogenblik van het overlijden treden de erfgenamen, zonder eenige wilsverklaring van hunne zijde, zelfs buiten hun weten, door de enkele kracht der wet, in het bezit der nalatenschap, behoudens hun regt, om haar later te verwerpen (art. 1103—1111). De bepaling is overgenomen uit art. 724 *C. N.*, en afkomstig van den ouden Franschen regel: *le mort saisit le vif*, waarover zie TOULLIER, II, 79; CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 724, 7. Naar onze voormalige wetgeving ging het bezit eener erfenis niet op den erfgenaam over, vóórdat zij door hem aanvaard was. Dit ten minste is het meest algemeene gevoelen, verdedigd in *Regtsg. Bijdr.*, VII, 211—213, en gegrond op de leer van DE GROOT, *Inl.*, II, 3, 12. Anders evenwel MEIJER, *Regtsg. Bijdr.*, VI, 83, 84. — Dit in-bezit-stellen van de erfgenamen heette onder het Fransche regt *la saisine*. — Hoezeer de wet de *petitio hereditatis* uitdrukkelijk alleen geeft aan den e r f g e n a a m, spreekt het niettemin van zelf, dat zij ook kan worden ingesteld door den kooper der nalatenschap, aan wien de erfgenaam door den verkoop alle zijne regtsvorderingen en regten op de nalatenschap overdraagt, en die door den koop inderdaad erfgenaam wordt *a*).

De actie kan daarentegen alleen worden ingesteld tegen hem, die bezit a l s e r f g e n a a m, of zonder titel; want, hoezeer de woorden van het artikel: o n d e r d i e n t i t e l, grammaticaal weinig

a) In gelijken zin DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 35 en 36. Anders echter OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art. 881.

duidelijk zijn, omdat er volstrekt niets voorafgaat, waarop zij slaan kunnen, kan daarmede echter zeker niets anders bedoeld zijn dan het bezit *pro herede*, even als met het bezitten zonder titel, het bezit *pro possessore.* Een regtstreeksch gevolg hiervan is, dat de *petitio hereditatis* niet kan worden ingesteld tegen den kooper te goeder of te kwader trouw der geheele of gedeeltelijke nalatenschap, die bezit *pro emtore*, en dus noch *pro herede*, noch *pro possessore.* Hoe veel daartegen ook uit een wetenschappelijk oogpunt mag zijn aan te merken, de wet is te duidelijk en te stellig, om eene andere uitlegging te kunnen toelaten.

De actie kan voorts worden ingesteld tegen hem, die in het bezit is, hetzij van de geheele nalatenschap, hetzij van een gedeelte daarvan, dat is van een bepaald deel, een derde, een vierde, enz., niet van een enkel stuk goed, tot de nalatenschap behoorende. Wel kan de erfgenaam ook dit terugvorderen; doch niet als erfgenaam, maar alleen als eigenaar, niet door de *petitio hereditatis*, maar door de *rei vindicatio.* Zie voorts de leer der *petitio hereditatis*, naar het hedendaagsche regt zeer breedvoerig behandeld, in *Themis*, 1843, bl. 253—257; 1844, bl. 345—369, 505—526; 1845, bl. 29—37.

De *petitio hereditatis* kan voorts nog worden ingesteld tegen hen, die met arglist (*dolo*) hebben opgehouden te bezitten, dat is, die, wetende zonder regt te bezitten, zich van de goederen der nalatenschap, op welke wijze ook, *titulo gratuito* of *oneroso*, ten behoeve van een ander dan de erfgenamen ontdaan hebben, en die daarom, in het oog der wet, altijd bezitters zijn, daarvoor aansprakelijk blijven, als waren zij nog in het werkelijk bezit: *semper qui dolo fecit, quo minus habeat, pro eo habendus est, ac si haberet.* L. 157 § 1 *D. de R. J.*

Te rekenen van den dag, enz. Het is dus voor de verjaring van de *petitio hereditatis* niet de vraag, hoe lang de houder, b. v. de staat, in het bezit der nalatenschap is; de termijn loopt in ieder geval tegen den erfgenaam van den dag waarop de erfenis is opengevallen. Zie arrest van den hoogen raad van 9 November 1860, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXIV, 331—352.

§ 519. Die de *petitio hereditatis* instelt, behoeft niets anders

te bewijzen, dan zijn erfgenaamschap, en hij behoeft geenszins aan te toonen, dat hij eigenaar is. Dit is een eerste verschil tusschen de *petitio hereditatis* en de *rei vindicatio*. Een tweede verschil is, dat hij, die van de eerste actie gebruik maakt, niet bepaaldelijk behoeft aan te wijzen, welke zaken hij vordert, omdat daaronder van zelve begrepen zijn alle zaken, van welken aard ook, die tot de nalatenschap behooren: *et placuit universas res hereditatis in hoc judicio venire sive jura, sive corpora sint. L.* 18 § 2 *D. de hered. pet.* Eindelijk strekt de *petitio hereditatis* tot afgifte niet alleen van alles, wat in eigendom aan den erflater toebehoorde, maar ook van alles, wat onder welken titel ook, tot de nalatenschap behoorde, dus ook van die zaken, die zich daar in pand, in bruikleen, in bewaring enz. bevonden: *et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredes pertinet, ut rei pignori datae defuncto, vel commodatae, depositaeve. L.* 19 *Pr. eod.*

§ **520.** Zie boven *ad* § 516, n°. 3.

§ **522.** De artt. 884 en 957 hielden eene zeer gewigtige uitzondering in op den regel van art. 9 *Alg. Bep.* door de bepaling, dat vreemdelingen alleen bevoegd zijn om in Nederland als erfgenamen *ab intestato* of *ex testamento* op te treden in de gevallen waarin de Nederlander kan erven in het land van dien vreemdeling, en op dezelfde wijze. Maar, zoo als wij reeds zagen boven *ad* § 515, en Eerste Ged., bl. 31, zijn deze beide artikelen afgeschaft bij de wet van 7 April 1869 (*Stbl.* n°. 56), zoodat thans de vreemdeling ook met opzigt tot het erfregt gelijk gesteld is met den Nederlander. Uit Nederland is met de wet van 1869 het laatste overblijfsel verdwenen van het Fransche *droit d'aubaine*, waarover zie A. M. de Rouville, *Diss. de jure albinatus* L. B. 1835.

Zie over onwaardigheid in het algemeen, *Themis*, 1843, bl. 400—417. Er bestaat een groot verschil tusschen de eigenlijk gezegde onbevoegdheid en de onwaardigheid. De eerste bestaat in het gemis van één of meer vereischten om te kunnen erven; de tweede treft hem, die wel al die vereischten in zich vereenigt, maar die zich aan een misdrijf tegen den overledene of tegen

zijne nagedachtenis heeft schuldig gemaakt. De onbevoegdheid is volstrekt en algemeen; de onwaardigheid is slechts betrekkelijk; de onbevoegde kan van niemand erven, de onwaardige is slechts van ééne of meer bepaalde erfenissen uitgesloten. De onwaardige wordt erfgenaam, en treedt, volgens art. 880, in het bezit der nalatenschap, waaruit hij later ontzet wordt; de onbevoegde is nooit een oogenblik erfgenaam geweest, en heeft dus nooit dat bezit gehad. Onbevoegdheid eindelijk bestaat van regtswege, onwaardigheid niet, vóórdat zij bij regterlijk vonnis is uitgesproken. Dit laatste is een regtstreeksch gevolg van al het voorgaande; art. 887 spreekt daarom ook van onwaardig verklaarden. Zie voorts *Regstg. Adv.*, I, 56—59.

1°. Het is niet genoeg dat men daarvan beschuldigd wordt; men moet veroordeeld zijn. Er moet dus altijd een vonnis van den strafregter voorafgaan, zal de burgerlijke regter de onwaardigheid kunnen uitspreken. Het spreekt derhalve van zelf, dat de tegenwoordige bepaling niet van toepassing is op hem, die, in één der gevallen van artt. 327—329 van den nog geldenden *C. P. a*) verkeerende, den erflater heeft gedood, omdat er in die gevallen noch misdaad noch wanbedrijf zijnde, geene veroordeeling tegen hem volgen kan. VERWOERT, aangeh. *Diss.*, 42, 43. Iets anders is het, als de doodslag, waaraan de erfgenaam zich heeft schuldig gemaakt, slechts verschoonbaar is, b. v. wegens provocatie (art 321 *C. P.*); want, hoezeer dan ook de straf, die hij ondergaan moet, merkelijk verzacht wordt (art. 326 *C. P.*), blijft hij echter strafbaar, en wordt hij veroordeeld, ter zake, dat hij den overledene heeft om het leven gebragt *b*). Maar wat, als de doodslag niet met moedwil, doch slechts door onvoorzigtigheid of onachtzaamheid is toegebragt? Oppervlakkig zou men misschien meenen, gelijk in het Romeinsche regt, *l.* 3 *D. de his quib. ut indign.*, ook hier hetzelfde ant-

---

a) Vgl. de artt. 37—43 van het nieuwe Strafwetboek.

b. Hetzelfde zal gelden onder de heerschappij van het nieuwe Strafwetboek. Immers de hier genoemde verschoonende omstandigheid wordt in dat wetboek niet afzonderlijk vermeld, en zal, even als bij elk ander misdrijf, alleen van invloed zijn op 's regters oordeel omtrent de mate der op te leggen straf.

woord te kunnen geven; maar verkeerd. Wel is waar, art. 319 *C. P. a*) spreekt ook hier eene straf uit; maar het is niet de doodslag, doch alleen de onvoorzigtigheid of de onachtzaamheid, die hier gestraft wordt.

Het is niet noodig, dat de erfgenaam den overledene hebbe om het leven gebragt; het is genoeg, als hij dit getracht heeft. Maar wat moet men hier onder dat getracht verstaan? — Ongetwijfeld, dat hij zich heeft schuldig gemaakt aan eene strafbare poging, die de drie vereischten van art. 2 *C. P. b*) in zich vereenigt; anders toch kan hij te dier zake niet veroordeeld worden. Om dezelfde reden kan men den erfgenaam niet meer onwaardig doen verklaren, nadat zijne misdaad verjaard is; want ook dan is hij nooit veroordeeld geweest, en kan hij zelfs nooit veroordeeld worden. Het tegendeel heeft plaats, indien, na zijne veroordeeling, de straf, vóór dat hij die ondergaan heeft, verjaard is. Het is niet de straf, maar de veroordeeling, die hem onwaardig maakt. Die veroordeeling nu is dáár, en deze is alleen genoeg. Om dezelfde reden eindelijk vervalt ook de onwaardigheid niet door gratie. Want ook daardoor wordt wel de straf maar niet de veroordeeling opgeheven.

2°. Niet iedere losse beschuldiging of aantijging, b. v. in een gesprek, aan den overledene ten laste gelegd, schijnt genoegzaam te zijn. De woorden: die eene beschuldiging heeft ingebragt, schijnen iets meer te beteekenen, en eene aangifte of klagt te vooronderstellen. Het schijnt daarenboven noodig, dat de erfgenaam, ter zake van laster, wegens die aangifte of klagte zij veroordeeld, en het is niet genoeg, als op die aangifte of klagte een vonnis van vrijspraak van den erflater gevolgd is. Men zou dit kunnen denken, omdat de wet zich hier niet van het woord veroordeelen bediend heeft; maar uit dat vonnis van vrijspraak zal gewoonlijk niets anders blijken, dan dat de aangifte of klagt ongegrond, geenszins dat zij lasterlijk was. De erfgenaam kan te goeder trouw gedwaald, en hierdoor eene verkeerde

a) Vgl. art. 307 van het nieuwe Strafwetboek.

b) Vgl. art. 45 van het nieuwe Strafwetboek.

aangifte gedaan hebben, en men moet dit zelfs vermoeden, als het tegendeel niet stellig bewezen is. Laster daarentegen is een wanbedrijf (art. 367—371 *C. P.*) *a*), en vereischt dus arglist (*dolus*) en kwaad opzet. — In art. 722 *C. N.* werd gesproken van eene *accusation capitale*, en men vroeg, of daarmede alleen bedoeld werd beschuldiging van eene misdaad, waarop de doodstraf, of ook die waarop eene andere onteerende straf stond. CHABOT DE L'ALLIER, ad art. 727, 13; VERWOERT, aang. *Diss.*, 45—48. Ons artikel heeft die vraag opgelost, door te beslissen, dat de beschuldiging van ieder misdrijf, waartegen eene onteerende straf is bedreigd, de onwaardigheid ten gevolge heeft *b*).

3°, 4°. Beide deze redenen, in het Fransche regt onbekend, zijn overgenomen uit het Romeinsche. *L.* 1 *Pr. D. si qu. aliq. test. prohib.; l.* 2, *l.* 26 *D. ad leg. Corn. de fals.; l.* 25 *C. de legat.* — Maar daarentegen is de derde reden van art. 727 *C. N.*, wanneer namelijk de meerderjarige erfgenaam, die kennis dragende van den moord van den overledene, daarvan bij den regter geene aangifte gedaan heeft, bij ons vervallen.

§ **523**. Uit eigen hoofde. En hieruit volgt *a contrario*, dat zij, evenmin als volgens art. 730 *C. N.*, bij plaatsvervulling kunnen vertegenwoordigen eenen nog levenden persoon, art. 894. — Als A, de eenige zoon van zijnen vader, onwaardig verklaard is om zijne erfenis te behouden, vervalt die erfenis aan zijne kinderen, die nu, als naaste bloedverwanten van hunnen grootvader, uit eigen hoofde daartoe geroepen worden. Doch zoo de vader van A meer kinderen had, sluiten deze de kinderen van A, die nu niet meer uit eigen hoofde, maar alleen bij plaatsvervulling (art. 889, 899) zouden kunnen erven, uit. Hetzelfde zou ook regtens zijn, indien de vader geene andere kinderen, maar alleen kleinkinderen uit eenen vóóroverleden zoon B had nagelaten; ook dan worden al die kleinkinderen bij plaatsvervulling tot de groot-

---

a) Vgl. de artt. 261—265 van het nieuwe Strafwetboek.

b) Volgens art. 10 van de wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93), houdende wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek, moet tegen het misdrijf, waarvan de erfgenaam den erflater heeft aangeklaagd, eene vrijheidstraf met een maximum van ten minste vier jaren zijn bedreigd.

vaderlijke nalatenschap geroepen, art. 889, 899; de kinderen van B zijn dan, als vertegenwoordigende hunnen vader, erfgenamen in den eersten graad (art. 888), die van A blijven dus uitgesloten. Bij plaatsvervulling kunnen laatstgenoemde niet opkomen, art. 887, 894; uit eigen hoofde kunnen zij ook niet erven, omdat zij hunnen grootvader bestaan in den tweeden graad, en dus door de kinderen van B, als vertegenwoordigende een erfgenaam in den eersten graad, worden uitgesloten.

§ **524**. In het algemeen is het altijd de naaste bloedverwant, die geregtigd is tot de nalatenschap van eenen overledene, en wordt dus de erfopvolging geregeld naar de graden van bloedverwantschap. De plaatsvervulling is eene wijziging van dit beginsel; zij is eene *fictio legis*, die de kinderen doet treden in de plaats, in den graad en in de regten van hunnen vóóroverleden vader of moeder, en zij berust op de vooronderstelling, dat de erflater op de kinderen van den overledene heeft overgebragt de liefde, die hij voor den overledene zou gehad hebben. Zie verder CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 739. De kinderen vertegenwoordigen allen te zamen hunnen overleden vader of moeder; een gevolg hiervan is, dat zij, onverschillig hoe groot hun getal is, te zamen treden in de regten, die hun vader of hunne moeder, zoo die geleefd had, zou gehad hebben. Bij voorb. A sterft, nalatende B zijnen zoon, en C, D en E, kinderen van eenen vóór hem gestorven zoon F. Zijne erfenis wordt verdeeld bij staken (*in stirpes*), dat is, in twee gelijke deelen, even alsof zijne beide zonen nog in leven waren. De ééne helft bekomt B, de andere helft C, D en E, die deze bij hoofden (*in capita*) onder zich verdeelen, art. 893: *tantum ex hereditate capiunt*, *quantum pater si vixisset accepturus fuisset. Nov.* CXVIII, *c.* 1.

§ **525**. Ten opzigte van bloedverwanten in de opgaande linie heeft er nimmer plaatsvervulling plaats, art. 890, omdat het niet te verwachten is, dat de zoon de liefde, die hij voor zijne ouders had, op zijne grootouders of overgrootouders zal overbrengen; en ook, omdat wel de afkomelingen de grootouderlijke erfenis altijd later in de nalatenschap hunner ouders zouden hebben gevonden, indien deze niet vroeger waren overleden; maar niet omgekeerd,

de bloedverwanten in de opgaande linie eene zoodanige verwachting konden hebben op de nalatenschap hunner afkomelingen.

2°. De plaatsvervulling in de zijdlinie ten behoeve van de kinderen of afstammelingen van een vooroverleden broeder of zuster van hem die den erflater het naast in den bloede bestaat, wordt toegelaten, niet alleen indien allen met hunne ooms of moeijen, oud-ooms of oud-moeijen zouden erven, maar evenzeer als er nog andere bloedverwanten zijn, die den erflater in denzelfden graad bestaan. Zie meer DE PINTO, *Adv.*, bl. 25—28.

3°. De plaatsvervulling strekt zich dus bij ons veel verder uit dan in de Fransche wet, die haar, art. 742 *C. N.*, in de zijdlinie beperkte tot afkomelingen van broeders en zusters. Zij berust hier op dezelfde redenen van billijkheid en vooronderstelde liefde van den erflater als in de overige gevallen. Wanneer dus iemand sterft, nalatende eenen oom en kinderen van diens vóóroverleden broeder, dan vervalt zijne erfenis voor de ééne helft aan den oom, en voor de andere helft aan zijne neven en nichten, kinderen van den vóóroverleden oom. Maar wat in het volgende geval? A, B en C zijn broeders. A is gestorven, nalatende eenen zoon D; B heeft ook nagelaten eenen zoon E; en C, zonder kinderen stervende, heeft achtergelaten eenen kleinzoon F, geboren uit eenen vóóroverleden zoon G. Nu sterft D, aan wien dus E in den vierden en F in den vijfden graad bestaat. Bekomt nu E de geheele nalatenschap? Of kan F worden toegelaten om zijnen vader G te vertegenwoordigen, en als zoodanig op de halve nalatenschap aanspraak maken? Oppervlakkig zou men geneigd zijn dit laatste te gelooven, omdat hier toch dezelfde reden bestaat als in het vorige geval, maar de woorden van art. 892 zijn te duidelijk en te stellig, om eene zoodanige beslissing toe te laten. Om bij plaatsvervulling in de zijdlinie te kunnen optreden, moet men zijn een kind of afkomeling van eenen broeder of van eene zuster van dengene, die den erflater het naast in den bloede bestaat, en dit is hier het geval niet.

§ 526. Voor geenen levenden persoon, hetzij deze onwaardig zij verklaard, hetzij hij de erfenis verworpen hebbe.

Men kan echter enz. De kinderen, ofschoon de nalaten-

schap van hunnen vader verworpen hebbende, en ofschoon daardoor geacht wordende nooit zijne erfgenamen geweest te zijn (art. 1104), blijven zijne kinderen. Deze hoedanigheid alleen geeft hun het regt van vertegenwoordiging, en door die verwerping kunnen zij niet geacht worden ook afstand te hebben gedaan van andere nalatenschappen, die de wet hun toekent, omdat de afstand niet vooronderstеld wordt, art. 1103 *a*).

§ **527**. Zie boven ad § 524.

Geschiedt de onderverdeeling in iederen tak enz. Bij voorb. A laat na: 1°. eenen zoon B; 2°. eenen kleinzoon C, gesproten uit eene vóóroverleden dochter D; 3°. twee kleinkinderen E en F, gesproten uit een mede vóóroverleden zoon G. De nalatenschap van A wordt in drie gelijke deelen gedeeld. Het eerste één derde gedeelte is voor B; het tweede voor C, en het derde voor E en F, die dit weder bij hoofden deelen.

§ **528**. En deze verdeeling heeft plaats, onverschillig of de goederen van de vaderlijke of van de moederlijke linie voor gelijke of ongelijke deelen zijn aangekomen; onverschillig zelfs of zij voor het geheel slechts van ééne van beiden afkomstig zijn, omdat sedert lang reeds in het nieuwe regt de regel: *paterna paternis, materna maternis*, is afgeschaft, omdat de wet geen acht meer slaat noch op den aard, noch op den oorsprong der goederen, om de erfopvolging te regelen, art. 896. Volgens het oude schependoms-recht, zooals dit vroeger, vooral in Zeeland, bestaan heeft, moest altijd het goed gaan, van waar het gekomen was. — Zie over den aard en den oorsprong van het schependoms-recht en van het in andere gewesten bestaan hebbende aesdoms-recht, DE GROOT, *Inl.*, II, 28, en aldaar vooral § 7—12, alsmede BARELS, 46—99. De voorname grondtrek van het laatste was deze: het naeste bloed, beurd het goed. DE GROOT, t. a. p., § 3. — Later echter zijn die oude regten, inzonderheid in Holland en Westvriesland door de

a) De kinderen komen als bloedverwanten van den erflater, door tusschenkomst van hunnen vader of hunne moeder met dezen verbonden, in hunne plaats als diens erfgenamen op, en die bloedverwantschap heeft niet opgehouden te bestaan door de verwerping der nalatenschap van hunnen vader of hunne moeder.

ordonnantie van 1580, in vele opzichten merkelijk gewijzigd, DE GROOT, t. a. p., § 11.

Erfopvolging in de wettige nederdalende, opgaande en zijdlinie 1).

§ **530**. I. Zie boven ad § 524, 525. In Friesland en in de overige gewesten, waar het aesdoms-recht was aangenomen, paste men den zoo even genoemden regel zoo scherp toe, dat zelfs kleinkinderen uit een vooroverleden kind geboren, door andere kinderen in den eersten graad werden uitgesloten. Het regt van plaatsvervulling was aldaar geheel onbekend. DE GROOT, t. a. p.

II. De grondslag van het oude schependoms-recht, dat het goed gaan moest van waar het gekomen was, had aan de ouders alle aanspraak op de nalatenschap hunner kinderen doen ontzeggen; en in het algemeen doen aannemen, dat het goed nimmer kon gaan aan de onbestorven zijde, omdat van die zijde geen goed en was gedeeld. Volgens het aesdoms-recht daarentegen werden alle zijdmagen, en dus ook broeders en zusters, uitgesloten door de ouders, en zelfs door de verdere bloedverwanten in de opgaande linie, omdat de maegschap der zijdmagen komt van de opgaende magen. DE GROOT, t. a. p., § 3.

1°, 2°. In het algemeen kent onze wet aan de ouders ruimer regten toe in de nalatenschap hunner kinderen dan de Fransche. Zoo hadden zij b. v. volgens art. 748 *C. N.* in het hier bedoelde geval altijd te zamen slechts regt op de helft der nalatenschap, onverschillig of er één of meer broeders of zusters waren.

7°. Volgens art. 753 en 754 *C. N.* erfden de zijdmagen, in dat geval, met de ouders, en verkregen deze laatsten slechts het vruchtgebruik van een derde gedeelte der goederen, die hun niet in eigendom toevielen. In het wetboek van 1830, art. 941, had men dit vruchtgebruik tot al die goederen uitgestrekt; doch bij de laatste herziening is men teruggekeerd tot het beginsel van

---

1) Zie de tweede BIJLAGE, hierachter.

art. 1971 van het ontwerp van 1820 (*Regtsg. Bijdr.*, IX, 208). Nu erft de overblijvende vader of moeder alleen, met uitsluiting van de zijdmagen in de andere linie, voornamelijk op grond, dat zoodanig geacht moet worden de vermoedelijke wil van den erflater geweest te zijn; en dat deze, indien hij eenen uitersten wil gemaakt had, dit in dien geest zou gedaan hebben. De afkomelingen van broeders en zusters intusschen worden, evenmin als die broeders en zusters zelve, door de ouders uitgesloten. Art. 907.

III. De bloedverwanten in de opgaande linie dus, behalve de ouders, erven niet, zoo lang er broeders of zusters of afkomelingen van deze in leven zijn; maar zij sluiten op hunne beurt alle verdere zijdmagen uit.

§ **531**. 2°. Bij voorb. A laat achter eenen vollen broeder (*frater germanus*) B, eenen broeder van denzelfden vader (*frater consanguineus*) C, en D en E, kinderen van eenen broeder van dezelfde moeder (*frater uterinus*). De nalatenschap wordt verdeeld in twee gelijke deelen: B (de *frater germanus*), omdat hij tot beide liniën behoort, bekomt de helft van ieder deel; C de wederhelft van het ééne; D en E, als vertegenwoordigende hunnen vader (art. 888, 891, 893), de wederhelft van het andere deel. Ook deze verdeeling, overgenomen uit art. 752 *C. N.*, berust op den vermoedelijken wil van den erflater, die geacht moet worden meer liefde aan zijne volle dan aan zijne halve broeders toe te dragen.

§ **532**. Deze regel zoo vruchtbaar in gevolgen was ook, naar het gevoelen der meeste schrijvers, in het Fransche wetboek stilzwijgend aangenomen. Men heeft gemeend dien uitdrukkelijk te moeten bekrachtigen, ten einde alle vragen daaromtrent af te snijden dáár, waar de wet niet telkens herhaald had: b r o e d e r s e n z u s t e r s o f h u n n e w e t t i g e a f s t a m m e l i n g e n.

§ **533**. Maar wat dan, wanneer iemand sterft, nalatende eenen bloedverwant in den twaalfden graad, en een afstammeling van eenen broeder van dienzelfden bloedverwant? Is deze laatste nu uitgesloten, omdat hij den erflater bestaat in den dertienden graad? Neen; hij kan ten zijnen behoeve het regt van plaats-

vervulling van art. 892 inroepen; daardoor treedt hij in de plaats en in den graad van zijnen vader (art. 888), zoodat hij den erflater niet in den dertienden, maar in den twaalfden graad bestaat.

Erfopvolging, wanneer er natuurlijke kinderen aanwezig zijn 1).

§ **534**. De erkende natuurlijke kinderen zijn dus, zoowel als de wettige, erfgenamen van hunne ouders; het eenige onderscheid bestaat hierin, dat hunne regten, die zij als zoodanig op de nalatenschap hebben, zich minder ver uitstrekken dan die der wettige. Anders was het onder het Fransche regt, dat hun uitdrukkelijk den naam van erfgenaam weigerde, en hun slechts een regt (*un droit*) op de nalatenschap hunner ouders toekende, art. 756 *C. N.* Wij hebben dus hier eene gewigtige verandering in de woorden; doch die daarenboven ook daarom van belang is, omdat het Fransche stelsel aanleiding had gegeven tot vele verwarringen en tegenstrijdigheden, die door het veel eenvoudiger stelsel onzer wet vermeden worden, zie TOULLIER, IV, 248—250. Zoo zegt deze bij voorb. t. a. p., 248, dat dit regt der natuurlijke kinderen slechts eene soort van schuldvordering is, die de ouders jegens het kind hebben aangegaan, toen zij het het leven gaven, en leidt hij dus daar die regten af uit eene soort van quasi-contract, terwijl hij datzelfde regt, *ib.* 250, een *jus in re* noemt, dat het ook werkelijk was, maar dat echter uit geen quasi-contract kon geboren worden. — In de zaak is, voor zoo verre zij hier behandeld wordt althans, genoegzaam geene verandering gekomen.

1°. Indien er dus één wettig en één natuurlijk kind is, dan krijgt dit laatste een zesde gedeelte der nalatenschap; want, indien het wettig geweest ware, dan zou het aanspraak hebben gehad op de helft. Wanneer een natuurlijk kind geroepen wordt, om met afstammelingen in den tweeden of verderen graad te erven, dan moeten die afstammelingen, voor zoo verre zij slechts uit

1) Zie de derde BIJLAGE, hierachter.

één vóóroverleden kind geboren zijn, ook slechts voor één hoofd geteld worden, ten einde het deel te berekenen, waarop het natuurlijk kind aanspraak heeft. Wanneer derhalve, in het gegeven geval, in plaats van één wettig kind, dat vroeger overleden is, twee of meer zijner afkomelingen met het natuurlijk kind moeten deelen, dan zal dit laatste nog altijd regt behouden op een zesde gedeelte; want ook dan zou dat kind, wettig zijnde, de halve nalatenschap hebben geërfd, omdat de kleinkinderen, die hunnen vader vertegenwoordigen, bij staken erven, en slechts dat bekomen, wat die vader, zoo hij leefde, zou gehad hebben (art. 888, 893). Zijn er twee natuurlijke en één wettig kind, dan krijgt ieder natuurlijk kind een negende, zijnde het derde van het derde gedeelte, dat het als wettig kind zou ontvangen hebben. Maar wat, als één der wettige kinderen de nalatenschap verwerpt? Bij voorb. er zijn drie wettige kinderen, en één natuurlijk; één der eerstgenoemden verwerpt de nalatenschap. Zal nu het natuurlijk kind regt hebben op een negende of slechts op een twaalfde? Men moet het eerste aannemen. Hij, die de erfenis verwerpt, wordt geacht nooit erfgenaam geweest te zijn, art. 1104. Ware dus het natuurlijk kind wettig geweest, dan zou het met de twee anderen, die aanvaarden, gedeeld hebben, en dan had het een derde der erfenis genoten. Zoo ook CHABOT DE L'ALLIER, ad art. 757, 6.

2°. Wanneer hier wordt gesproken van de halve nalatenschap, en niet, zooals in het geval van n°. 1, van de helft van hetgeen zij zouden geërfd hebben, zoo zij wettig waren, is dit niets dan een verschil van woorden; de zaak komt op hetzelfde neder; want zij zouden, zoo zij wettig waren, de geheele nalatenschap gekregen hebben. Indien dus iemand sterft, nalatende zijne beide ouders, één natuurlijk kind en broeders en zusters, dan krijgt dat kind, krachtens art. 910, de ééne helft. Maar wat zal er dan moeten gebeuren met de andere helft? Behoort die voor het geheel aan de ouders? Of moeten deze haar, op de wijze van art. 901, met de broeders en zusters deelen? De oppervlakkige beschouwing van art. 901 zou misschien tot het eerste kunnen leiden, voor zoo verre men daaruit zou kunnen opmaken,

dat de ouders in zoodanig geval altijd regt hebben op de halve nalatenschap. Het laatste schijnt echter waar te zijn, omdat, volgens art. 911, in alle de gevallen van art. 910 het overschot der nalatenschap onder de wettelijke erfgenamen wordt verdeeld op de wijze bij de tweede afd. van dezen titel bepaald. Hieruit volgt dus: 1°. in het algemeen, dat ten aanzien van alle wettelijke erfgenamen, de geheele nalatenschap slechts geacht wordt te bestaan uit datgene, wat er, na aftrek van het aan de natuurlijke kinderen toebehoorende, overblijft, om het op de gewone wijze onder zich te verdeelen; 2°. in het bijzonder, voor het hier behandelde geval, dat de geheele nalatenschap van den erflater, voor zoo veel zijne ouders en broeders betreft, slechts gerekend wordt te bedragen de helft van hare werkelijke baten, die zij onder elkander bij gevolg verdeelen op de wijze van art. 901.

Of derzelver afstammelingen. Door deze woorden is eene zeer betwiste vraag uit het Fransche regt beslist: of namelijk de natuurlijke kinderen, in geval er geene broeders en zusters, maar wel hunne afstammelingen in leven zijn, regt hebben op de helft of op drie vierden; zie CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 757, 9; TOULLIER, IV, 254; DELV., III, 217—220; *Regtsk. Tijds. voor het Notarisambt*, I, 66—68.

3°. Art. 910 voegt er bij, dat, indien de wettige erfgenamen den overledene in ongelijke graden bestaan, de naaste in de ééne linie, zelfs ten aanzien dergenen, die zich in de andere linie bevinden, de hoegrootheid bepaalt van het aandeel aan het natuurlijk kind verschuldigd. Is er dus een grootvader van vaderszijde, en b. v. een oom van moederszijde, dan heeft het natuurlijk kind slechts aanspraak op de helft van de geheele nalatenschap; en niet, zoo als men anders welligt zou kunnen denken, op de helft in het aandeel van den grootvader, en op drie vierden in dat van den oom.

4°. Met uitsluiting dus van den langstlevenden echtgenoot, die eerst erft bij gebreke ook van natuurlijke bloedverwanten, art. 879. De reden is, zoo men zeide, omdat er tusschen echtgenooten slechts een burgerlijke band bestaat, die voor den band des bloeds moet zwichten.

§ **535**. Men heeft hier de bevestiging van en tevens eene uitzondering op den regel, dat de erkenning alleen tusschen het kind en de ouders burgerlijke betrekkingen doet geboren worden. Het kind heeft daarom geen regt op de nalatenschap van de bloedverwanten zijner ouders. Art. 335. Alleen echter de staat wordt in die nalatenschappen door het kind uitgesloten.

§ **536**. Maar hoe zal dat kind immer zijne regten op dat onderhoud kunnen doen gelden? Zijne erkenning is aan de ouders verboden, art. 338, en zelf mag het niet bewijzen, noch wie zijn vader noch wie zijne moeder geweest is, art. 344; en zijn nu deze artikelen niet in openbaren tweestrijd met de tegenwoordige bepaling? Of zal men met TOULLIER, I, 967; IV, 256, zeggen, dat het verbod van art. 338 voornamelijk ten doel heeft, om de bloedschendige en overspelige kinderen de regten van erfgenaamschap te weigeren, maar dat de erkenning, éénmaal geschied zijnde, niettemin de ouders en hunne erfgenamen verpligt die kinderen te onderhouden? Maar als art. 338 niets anders inhield dan een verbod om te erven, dan zou het geheel overtollig zijn; daartoe was art. 914, dat dit verbod uitdrukkelijk inhoudt, voldoende. Art. 338 nu verbiedt de erkenning onvoorwaardelijk en algemeen; en heeft die dus, in spijt van dat zoo stellige verbod der wet, plaats gehad, dan is zij nietig, en kan even daarom geene gevolgen hoegenaamd hebben. Ten gevolge eener vrijwillige erkentenis dus kunnen overspelige of bloedschendige kinderen nimmer het onderhoud in de ouderlijke nalatenschap vorderen. Dat was de algemeene *jurisprudentie* onder den *C. N.* (PAILLIET, *ad* art. 762), en daar nu onze wet de bepalingen van den Code bijna letterlijk heeft overgenomen, mag men het er voor houden, dat zij hierin ook geene verandering heeft willen maken. Een ander gevoelen wordt verdedigd bij FOELIX, *Rev.* 1843, 937—971, doch grootendeels op gronden, ontleend aan de beraadslaging over den *C. N.*, die op de beslissing der vraag naar ons regt natuurlijk in geen geval van invloed zijn kunnen. — Maar wat dan? Kunnen die kinderen dan nimmer dat onderhoud vorderen, en beteekent art. 914 dus niets? Ook dit is zeker niet aan te nemen, maar er kunnen gevallen bestaan, waarin, onafhankelijk van eene

24*

vrijwillige erkentenis, de betrekking tusschen overspelige of bloedschendige kinderen en hunne ouders bewezen is, en tot deze moet de bepaling van art. 914 beperkt worden. Zie hier eenige voorbeelden: 1°. als het huwelijk, waaruit die kinderen geboren zijn, wegens overtreding van een der artikelen 84, 87 of 88, is nietig verklaard, tenzij de ouders, of één hunner, in de goede trouw hadden verkeerd (art. 150, 151); 2°. wanneer aan den man zijne actie van ontkenning, om ééne der redenen van artt. 307, 308 en 309, is toegewezen; 3°. wanneer de strafregter eene veroordeeling wegens overspel of bloedschande heeft uitgesproken, enz.; zie verder vooral CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 762, 3; 4°. wanneer het overspelig kind zich in het feitelijk bezit der nalatenschap bevonden heeft, en aan de wettige bloedverwanten en erfgenamen de *petitio hereditatis* van art. 881 tegen hetzelve is toegewezen. (Zie boven, *ad* § 194.)

Wanneer de ouders, gedurende hun leven, aan het kind het noodige levensonderhoud hebben verzekerd, kan het geene aanspraak op de nalatenschap meer doen gelden, art. 916. Dit geldt zoowel, indien zij het een beroep of een ambacht hebben doen leeren, als wanneer zij het daartoe eene geldsom hebben toegelegd; in beide gevallen is in het levensonderhoud voorzien *a*). Maar kan nu ook de vader of de moeder bij uitersten wil niet meer dan het noodige levensonderhoud laten aan zijne overspelige of bloedschendige kinderen? Men kan zeggen, dat dit bij gemeld artikel, dat alleen spreekt van de erfopvolging *ab intestato*, niet regtstreeks wordt verboden, en dat in art. 955 wel gezegd wordt dat aan wettelijk erkende natuurlijke kinderen, als er wettige kinderen zijn, niet meer kan gemaakt worden dan de wet hun *ab intestato* toekent, maar dat een uitdrukkelijk gelijksoortig verbod voor overspelige en bloedschendige kinderen nergens in de wet gevonden wordt. *Regtsg. Adv.*, I, 66—69. Wanneer echter eene letter-

---

a) Maar wanneer het kind door ziekte of om eenige andere reden verhinderd wordt dat beroep uit te oefenen, en daardoor dus niet in zijn levensonderhoud kan voorzien? Zie daaromtrent DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 121 en 122.

lijke opvatting dier beide artikelen pleit voor eene toestemmende beantwoording der vraag, dan kan dit evenwel toch zeker niet de bedoeling geweest zijn. Uit het tegenwoordig artikel blijkt voldoende, dat even als die van de Fransche, zoo ook de geest van onze wet wel degelijk is de overspelige en bloedschendige kinderen in ieder geval van alle regt van erfgenaamschap in de nalatenschap hunner ouders uit te sluiten; en daar het nu wel niet aannemelijk zijn zal, dat de wet de bloedschendige en overspelige kinderen beter heeft willen behandelen dan de natuurlijke erkende, zoo zal ook hetgeen in art. 955 uitdrukkelijk gezegd wordt van de laatsten, wel *a fortiori* van de eersten moeten waar zijn *a*).

Aan den anderen kant echter geeft de wet aan de overspelige en bloedschendige kinderen in het algemeen dat regt op onderhoud, omdat men waarschijnlijk begrepen heeft, dat aan die kinderen, aan wie men alles ontneemt om de zonde der ouders, toch ten minste het regt moet gelaten worden om te leven. Maar daaruit volgt dan ook, dat hun dit regt zelfs bij geen uitersten wil uitdrukkelijk noch stilzwijgend kan worden ontnomen. Het is waar, eene legitime hebben zij niet, en kunnen zij niet hebben; want zij zijn geene erfgenamen. Maar daarvan is ook hier geene sprake. Het levensonderhoud, hun verschuldigd, is eene schuld, een last, die op de nalatenschap kleeft, en dien de erflater even weinig als eenige andere wettige schuld kan doorhalen. De wet verleent, zegt het artikel; en wat de wet verleent, kan de erflater niet ontnemen, indien diezelfde wet hem daartoe geene bevoegdheid geeft. Die aanspraak op levensonderhoud houdt alleen op, als de ouders daarin voorzien hebben bij hun leven, art. 916; maar daaruit volgt dan ook, vooreerst, dat het een regt is, en ten tweede, dat dit regt blijft bestaan in alle andere dan in dit uitgezonderd geval. — Anders echter *Themis*, 1841, bl. 167; *Regtsg. Adv.*, IV, 74—77.

§ **537.** 1°. Ook de natuurlijke kinderen van het natuurlijk kind gaan dus vóór de ouders; het natuurlijk kind toch erft de

—

a) Anders Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 118.

geheele nalatenschap, als er geen bloedverwant (d. i.: geen wettige bloedverwant) in den erfelijken graad is, art. 912 *j*°. art. 910.

3°. Het natuurlijk kind heeft geene andere dan natuurlijke broeders en zusters; daartoe behooren dus ook de wettige kinderen hunner ouders. Hier intusschen zijn deze laatsten onder die uitdrukking niet begrepen; maar worden onder natuurlijke broeders en zusters alleen verstaan buiten echt, in tegenstelling van in den echt geboren kinderen hunner ouders, waarvan het eerste lid van art. 918 spreekt. De verandering van redactie, die het artikel heeft ondergaan, had geen ander doel dan om eene minder juiste uitdrukking te herstellen van art. 766 *C. N.*, dat sprak van *frères et soeurs légitimes;* maar het doel was geenszins om wijziging te brengen in de zaak zelve, waaraan onder het Fransche regt nooit twijfel bestaan heeft noch bestaan kan. Dit blijkt dan ook uit de geschiedenis van art. 918. Zie b. v. ASSER, § 453. In dien zin is ook beslist door den hoogen raad bij arrest van 13 Junij 1874, *Weekbl.* n°. 3733.

TITEL XII.

Van uiterste willen.

(Art. 921—1051. EERSTE GEDEELTE, § 538—606, bl. 148—162.)

Geschriften: ASSER, 312—363; VOORDUIN IV, 45—210; DIEPHUIS, IV, 242—515; OPZOOMER, II, 153—198; OPZOOMER, *B. W.*, VII, 199—328; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VIII, 192—513; LOKE, 565—740; *Regtsg. Bijdr.*, IV, 265—287; *Themis*, 1844, bl. 369—383, 527—541; 1845, bl. 37—49; L. A. J. W. SLOET, *Diss. de differentiis jur. Fr. et novi Belg.*, *ratione testamentorum*, Tr. ad Rh. 1830.

Algemeene bepalingen.

§ **538.** Hij, die bij uitersten wil voor een zeker evenredig gedeelte, b. v. voor een vierde, als erfgenaam wordt ingesteld,

erft krachtens dien uitersten wil; de bloedverwanten erven de overige drie vierden *ab intestato*. Bij ons is dus niet van toepassing de bekende regel van het Romeinsche regt: *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest. L.* 6 *D. de test. mil.*, *l.* 7 *D. de R. J.* — In hoe verre onze voormalige regten de vrijheid gaven, om bij uitersten wil, bij erfverdragen of zelfs bij andere overeenkomsten, over zijne goederen na doode te beschikken, zie *Regtsg. Bijdr.*, VI, 91—102; VII, 223—229, en BARELS, over het enkel en dubbel verband, 17—32. Zie ook boven, *ad* § 514.

§ 539. *Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. L.* 1 *D. qui test. fac. poss.* — Uit deze wet is de tegenwoordige bepaling overgenomen, die zich veel verder uitstrekt dan die van art. 895 *C. N.* Deze laatste vorderde, dat de uiterste wil altijd moest inhouden eene beschikking over alle of over sommige goederen van den erflater; de onze vordert dit niet. Bij ons is alleen de verklaring van hetgeen iemand wil, dat na zijnen dood geschieden zal, genoeg, onverschillig of die verklaring tevens eene beschikking bevat over de nalatenschap, dan wel of daarbij voogden of bewindvoerders benoemd, voorzieningen over begrafenis of dergelijke gemaakt worden, enz. De akte, die niets anders inhoudt dan de uitsluiting der erfgenamen *ab intestato*, is ook een uiterste wil, omdat daarbij wel degelijk in zekeren zin over de goederen beschikt wordt, althans zeker verklaard, wat hij wil dat na zijnen dood geschieden zal. Het zal dan verder van den inhoud van dien uitersten wil afhangen, of daarbij alleen de eerst geroepenen *ab intestato* of wel alle de bloedverwanten moeten geacht worden te zijn uitgesloten; terwijl in dit laatste geval de nalatenschap overgaat op den echtgenoot, of, indien ook deze moet gerekend worden te zijn uitgesloten, op den staat, art. 879 *a*). Anders echter OUDEMAN en DIEPHUIS, *Opm. en Meded.*, III,

---

a) Houdt de akte, zonder eenige nadere bepaling, in de uitsluiting der erfgenamen *ab intestato*, dan zijn zoowel alle de bloedverwanten als de echtgenoot uitgesloten, en vervalt de nalatenschap aan den Staat. Indien slechts zijn uitgesloten de bloedverwanten, dan treedt de echtgenoot als erfgenaam op.

24—30. — Ja zelfs de verklaring, dat de erflater niet wil, dat zijn vroeger gemaakte uiterste wil zal worden nageleefd, en dus de bloote herroeping daarvan, wordt bij ons als een nieuwe uiterste wil aangemerkt. — Geheel anders was dit in het oude regt. In weerwil van de schijnbare algemeenheid der aang. *l.* 1 *D. qui test. fac. poss.*, was de erfstelling zulk een essentieel vereischte, dat zonder deze geen uiterste wil bestaanbaar was: »*nam sine heredis institutione nihil in testamento valet:*" — »*ipsum testamentum vires per institutionem heredum accipit.*" *L.* 1, § 3 *D. de vulg. et pup. subst.; l.* 10 *D. de jur. codd.* Zie voorts VOET, *ad tit. D. de hered. inst.*, n°. 1; GROENEWEGEN, *de legib. abr.*, pag. 36; DE GROOT, *Inl.*, II. 14, 5; 19, 2; 24, 6: 25, 9; VAN LEEUWEN, *R. H. recht*, III, 2, 1; 4, 1, 12, 1; VAN DER LINDEN, *pract.* en *koopm. Handb.*. I, 9, 6, enz.

En die, enz. Een voornaam kenteeken van den uitersten wil is daarin gelegen, dat hij ieder oogenblik kan worden herroepen, en geene kracht verkrijgt noch regten geeft dan bij het overlijden van den erflater; omdat het dan eerst zeker is, dat deze daarbij altijd is blijven volharden, en dat deze inderdaad zijn laatste of uiterste wil is: *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae extremum exitum. l.* 4 *D. de adim. et transf. leg.* Daarin is onder anderen ook een merkelijk verschil gelegen tusschen den uitersten wil en de schenking, die altijd, en op enkele uitzonderingen na, onherroepelijk is, art. 1703, 1725.

§ **541**. 3°. Of goede zeden. In de wet staat eigenlijk en. Die onnaauwkeurige uitdrukking kan echter niet tot gevolg hebben, dat de voorwaarde om nietig te zijn, moet strijden èn met de wet èn met de goede zeden. Een van beide is genoeg. Art. 1290 bedient zich voor overeenkomsten van het woordje of. Deze uitdrukking is naauwkeuriger, maar het is duidelijk, dan men, in dit opzigt, voor beiden hetzelfde bedoeld heeft.

Of eene voorwaarde strijdig is met de goede zeden, moet de regter in ieder bijzonder geval beslissen. Zie boven, *ad* art. 14 *Alg. Bep.* Als voorbeeld wordt gegeven de voorwaarde, dat een erfgenaam of legataris ongehuwd zal blijven.

Voor niet geschreven. Overeenkomstig *l.* 135 *D. de*

R. J. Wat onverstaanbaar is, wordt daarbij gelijk gesteld met wat onmogelijk of ongeoorloofd is, omdat het even weinig als dit kan worden nagekomen: *quae in testamento ita scripta sunt, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent. l.* 73 § 3 *eod.* Anders is het in de overeenkomsten, die door alle zulke voorwaarden, als hier sub n°. 2 en 3 vermeld zijn, nietig worden, art. 1290; de uiterste wilsbeschikking blijft bestaan, en de voorwaarde alleen wordt geacht niet geschreven te zijn. De reden van het onderscheid is, omdat de erfgenaam of legataris geen deel heeft gehad aan het maken van den uitersten wil, en omdat het in allen gevalle zeker is, dat de erflater aan hem de voorkeur heeft gegeven boven zijne erfgenamen *ab intestato.* Bij overeenkomsten daarentegen hebben de contracterende partijen beide medegewerkt, om de voorwaarde in hare overeenkomst op te nemen; beiden hebben dus òf eene niet ernstige, òf eene ongeoorloofde overeenkomst gesloten, en geen van beiden moet daaruit eenige voordeelen genieten. Of intusschen de geheele onderscheiding wel op goede regtsgronden berust, mag worden betwijfeld. Zie o. a. *Opm. en Meded.* XI, 289—307, en vooral ook TOULLIER, V, 241—249, die haar, en niet zonder reden, krachtig bestrijdt. Men zegt wel, dat de erflater moet geacht worden te hebben gewild, dat zijn uiterste wil niet zonder gevolg zou blijven; maar men kan even zoo goed zeggen, dat hij die een legaat of eene erfstelling alleen heeft gewild, indien eene voorwaarde vervuld werd, die niet kan of niet mag vervuld worden, die eigenlijk niet gewild heeft. In ieder geval sluit het artikel niet uit het bewijs van krankzinnigheid van den erflater, dat, als het geleverd wordt, het geheele testament nietig maakt, art. 942.

Art. 900 *C. N.* hield eene soortgelijke bepaling in als ons art. 935, ook voor schenkingen; zal nu bij ons dit art. 935 ook op deze van toepassing zijn? Neen; bij ons is de schenking eene overeenkomst, art. 1703, en als zoodanig aan de algemeene bepalingen voor overeenkomsten, en dus ook aan die van art. 1290 onderworpen.

§ 542. Als aan iemand een legaat is gemaakt, op voorwaarde dat hij met den erfgenaam des erflaters eene reis zal gaan doen,

en wanneer de legataris bereid is die reis te ondernemen, doch de erfgenaam dit weigert, wordt de voorwaarde voor vervuld gehouden, en is het legaat verschuldigd.

§ **543**. *Falsa causa adjecta non nocet.* § 31 *I. de legat.; falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret; sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probatur alias legaturus non fuisse*, *l.* 17, § 2, *l.* 72, § 6 *D. de cond. et dem.* De erflater kan somtijds goede redenen gehad hebben, om de ware beweegredenen te verzwijgen niet alleen, maar zelfs onder eene valsche te verbergen; dit kan echter zijn legaat of zijne erfstelling, die ook zonder eenige reden geldig zou geweest zijn, niet nietig maken. Als ik dus iemand een legaat maak, omdat hij mijnen zoon het Romeinsche regt geleerd heeft, dan blijft het legaat van kracht, al heeft hij mijnen zoon nooit iets geleerd; maar indien ik het legaat had gemaakt, mits hij mijnen zoon het Romeinsche regt leere, dan is het niet meer de beweegreden, maar de voorwaarde van het legaat, dan moet daaraan voldaan worden, of het legaat vervalt, art. 1051.

Met de wetten of de goede zeden strijdende beweegreden *a*).

§ **544**. In het wetboek van 1830 werden deze bepalingen niet gevonden. Zij komen hierop neder, dat men, indien de woorden duidelijk zijn, daarvan door uitlegging niet mag afwijken, onder voorwendsel, dat de erflater iets anders zoude bedoeld hebben dan hij gezegd heeft, omdat die redeneringen over eene vooronderstelde bedoeling altijd hoogst gevaarlijk en willekeurig zijn, en eigenlijk hij alleen, die in het graf rust, daarvan met zekerheid onderrigt was. Van die woorden heeft hij zich bediend, om zijne bedoeling kenbaar te maken. Men moet dus vooronderstellen, dat hij gewild heeft, hetgeen hij gezegd heeft. Maar als die woorden tot onderscheiden opvattingen kunnen aanleiding geven, dan kunnen zij alleen niet meer tot leiddraad strekken, om de bedoeling

---

a) De wetgever kan niet toelaten dat iets worde genoten dat, al of niet in overeenstemming met de waarheid, wordt voorgesteld als het loon voor eene daad strijdende met de wet of de goede zeden.

van den erflater, waarop het toch altijd eigenlijk aankomt, uit te vorschen; te vergeefs zou men zich dan aan den letterlijken zin der woorden houden. Veeleer moet men dan uit andere omstandigheden opmaken, welke de waarschijnlijke bedoeling geweest zij; men moet die vooral zoeken in den aard der beschikking, en aan de woorden de beteekenis geven, die daarmede het meeste overeenkomt *a*). Altijd moet men de voorkeur geven aan die uitlegging, met welke de beschikking eenige uitwerking of gevolg kan hebben, boven die, waardoor zij geheel krachteloos zou zijn; want zooveel is altijd zeker, dat dit laatste nooit de bedoeling van den erflater kan geweest zijn. Men vindt al deze regelen voor overeenkomsten hoofdzakelijk terug in artt. 1378—1387, doch vermeerderd met vele anderen, die voor een groot gedeelte ook op uiterste willen kunnen en moeten worden toegepast. Zoo is het b. v. wel zeker, dat ook al de bepalingen eener uiterste wilbeschikking (niet altijd van den geheelen uitersten wil) in haar onderling verband moeten worden genomen, en de ééne door de andere uitgelegd (art. 1384), enz. — Over dit geheele onderwerp (over de uitlegging van uiterste willen) is zeer belangrijk J. C. VAN DE KASTEELE, *Diss. de ult. volunt. rite interp.*, L. B. 1801.

Bekwaamheid om bij uitersten wil te beschikken of daarvan voordeel te genieten.

§ **547.** Men behoeft niet juist onder curatele gesteld te zijn, om van dat regt verstoken te wezen. De erfgenamen *ab intestato* kunnen ook, al is dit het geval niet, eenen uitersten wil aanvallen en doen vernietigen, mits zij bewijzen, dat de erflater, op het oogenblik toen hij dien maakte, zijne verstandelijke vermogens niet had. Maar daarentegen verliezen ook niet allen, die onder curatele zijn, het *jus testandi;* wij hebben boven *ad* § 303 gezien, dat hij die zich ter zake van verkwisting in dien staat bevindt dit behoudt. Evenmin verliest hij, die wegens zwakte van

---

a) Dat de wetgever in art. 933 minder gelukkig zijne bedoeling zou hebben uitgedrukt, beweert OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art.

geestvermogens op eigen verzoek is onder curatele gesteld daardoor *per se* het *jus testandi*, tenzij bewezen worde, dat hij werkelijk krankzinnig was, of het later geworden is. Anders echter arrest van den hoogen raad van 9 Maart 1855, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.* XIX, 112—127; *Regtsg. Adv.*, V, 45—47; *Themis*, 1842, bl. 532, 533. De voorname grond van den hoogen raad en van deze schrijvers is gelegen in de bepaling van art. 500: die wegens verkwisting is onder curatele gesteld, behoudt het *jus testandi;* ergo, zegt men, verliest dit ieder ander curandus. Die redenering is echter ten hoogste onjuist. Art. 500 zegt niets meer of anders, dan dat de curatele wegens verkwisting het *jus testandi* niet doet verloren gaan, maar daaruit volgt niet noodzakelijk, dat iedere andere curatele dit wel doet; en de regel *qui de uno dicit, de altero negat*, kan zoo onvoorwaardelijk niet worden aangenomen. Wie testeren mag, leert niet de titel over curatele, maar die over uitersten wil; en deze spreekt van geene curatele, maar alleen van het bezit der verstandelijke vermogens. Voor het overige gelden hier voor den uitersten wil dezelfde gronden boven *ad* § 57 aangevoerd voor het huwelijk. De curandus mag geen testament maken, niet omdat hij is onder curatele gesteld, maar omdat hij krankzinnig is; en dat is niet hij noodwendig, die slechts zwak is van geestvermogens. Zie ook boven, *ad* § 303.

§ **548**. Hij dus, die den ouderdom van achttien jaren bereikt heeft, kan bij uitersten wil beschikken, even alsof hij meerderjarig ware. In art. 903 en 904 *C. N.* werd slechts de volle ouderdom van zestien jaren vereischt; doch kon de minderjarige alsdan alleen beschikken over de helft der goederen, waarover een meerderjarige de vrije beschikking heeft. Hij die, ofschoon beneden de achttien jaren, getrouwd is, is niet onbekwaam, dat spreekt van zelf; want het huwelijk maakt meerderjarig, art. 385; en het artikel spreekt niet van personen, maar van minderjarigen, die beneden de achttien jaren zijn. — In Holland was vroeger de ouderdom van veertien jaren voor mannen, en die van twaalf voor vrouwen voldoende, in andere gewesten werd een meer gevorderde leeftijd vereischt, in Friesland de volle meerder-

jarigheid. DE GROOT, *Inl.*, II, 4, 3; HUBER, *Praelect. ad D. D.*, I, 3, *de confl. legum*, n°. 13, 14; VOET, *ad tit. D. qui test. fac. poss.*, 31, 33, 44.

§ **549.** 1°. Zoo als het art. 948 nu geschreven is, zou men daaruit ligtelijk kunnen afleiden, dat hier gesproken wordt van de toestemming der echtgenooten, die altijd en in ieder huwelijk vereischt wordt (art. 85), terwijl die van ouders, bloedverwanten en voogden slechts noodig is gedurende de minderjarigheid (art. 92—96). Dat dit echter de meening niet geweest is, maar dat deze laatste bedoeld wordt, blijkt: 1°. uit de verklaring van art. 948, van regeringswege gegeven; 2°. uit art. 1602 van het ontwerp van 1820, dat van consent van ouders spreekt, en waaruit ons artikel is overgenomen. Als reden van het verbod werd aangevoerd, dat zij, die zonder de vereischte toestemming een huwelijk voltrekken, eene ongeoorloofde zaak doen, en daaruit geen voordeel behooren te genieten. De straf is misschien wel zeer eigenaardig, en hare reden vrij zwak, o. a. ook, wanneer de echtgenooten toch wel andere voordeelen uit het huwelijk genieten, dan die welke zij elkander bij uitersten wil mogten bespreken.

2°. Zie boven, *ad* § 141. Het daar voorkomende verbod zou geheel ijdel zijn, indien het den hertrouwenden echtgenoot onverlet bleef, bij uitersten wil zijnen tweeden echtgenoot meer te bevoordeelen dan daar wordt toegelaten. Wanneer bij huwelijksche voorwaarden aan den tweeden echtgenoot reeds alles geschonken is, wat art. 237 veroorlooft, kan hem ook dan nog hetzelfde bij uitersten wil gegeven worden? — Neen. Ofschoon dit hier niet uitdrukkelijk verboden wordt, is het échter de onmiskenbare geest der wet, blijkens art. 237 en 949, dat de tweede echtgenoot, indien er voorkinderen zijn, in den regel niet meer dan een vierde of een kindsgedeelte mag hebben. Men stelle dus, dat een weduwenaar één voorkind heeft, zich in een tweede huwelijk begeeft, en bij huwelijksche voorwaarden aan zijne tweede vrouw een vierde van zijn vermogen schenkt. Als deze nu, zonder bij die tweede vrouw kinderen te hebben verwekt, komt te overlijden, heeft hij in het geheel over de helft zijner goederen kunnen be-

schikken, art. 961, en dus bij uitersten wil nog een vierde kunnen wegschenken aan vreemden, maar heeft hij dit vierde aan zijne vrouw gemaakt, dan zal het legaat nietig zijn. Zie meer *Themis*, 1845, bl. 329—348; *Regtsg. Adv.* IV, 88—94. — Wanneer echter de tweede echtgenoot door de vermenging der goederen bij het huwelijk niet of niet voor een vierde gedeelte bevoordeeld wordt, dan komt de bepaling van art. 236 niet te pas, maar dan geldt ook voor het tweede huwelijk de regel van art. 235, dat is algeheele gemeenschap van goederen. In dat geval derhalve moet de uiterste wilsbeschikking van den hertrouwde ten behoeve van zijn tweeden echtgenoot uitsluitend beoordeeld worden naar art. 949 *a*).

Het minste gedeelte. Indien dus één der kinderen bevoorregt is, dan mag het erfdeel van den echtgenoot niet met het deel van dat kind, maar slechts met dat der anderen gelijk staan.

3°. Dit spreekt eigenlijk van zelf, want voor dat gedeelte is hij slechts eigenaar der gemeene goederen: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse haberet.* L. 53, *D. de R. J.* Er is hier intusschen alleen sprake van beschikkingen *titulo universali*, waarbij het onverdeeld aandeel in de gemeene goederen in zijn geheel of een evenredig deel daarvan gelegateerd is. In het geval toch van een legaat *titulo particulari*, wanneer slechts wordt beschikt over een afzonderlijk stuk goed, voorzien de volgende volzinnen van dit artikel; de legataris namelijk verkrijgt dit in natura of wel de waarde daarvan, al naar mate bij de scheiding van den gemeenen boedel het gelegateerde al of niet in het aandeel van de erfgenamen des erflaters komt. Zie *Themis*, 1841, bl. 173—180.

4°. Mits echter vóór het overlijden van den erflater door een

---

a) Dit acht ik slechts gedeeltelijk juist. Zoodra de tweede echtgenoot door het tweede huwelijk eenig voordeel geniet, onverschillig of dit het gevolg is van de wettelijke gemeenschap of van huwelijksche voorwaarden, behoort het bedrag daarvan te worden afgetrokken van datgene, wat hij anders krachtens art. 949 zou kunnen genieten. Arrest van den hoogen raad van 24 Junij 1881, R. d. CXXVIII, § 33. Anders echter Mr. Th. L. M. H. Borret, *Bijdr. ter verkl. van de artt.* 236 *en* 949 *v. h. B. W.*, bl. 20 vlg.

regterlijk gewijsde van het overspel zij gebleken, art. 956. Die onbekwaamheid kan dus niet worden ingeroepen, als het vonnis van veroordeeling, tijdens het overlijden, nog door hooger beroep kan worden aangevallen, want zoo lang is er geen regterlijk gewijsde *a*).

§ **550**. Wij hebben boven *ad* § 539, reeds gezien, dat de uiterste wil geene regten geeft, zoo lang hij niet door den dood is bekrachtigd; op dat tijdstip moet men dus in leven zijn, of regtens geacht worden te leven, zonder dat men behoeft bestaan te hebben, toen de uiterste wil gemaakt is. — Intusschen zouden volgens dezen regel zelfs de gealimenteerden in gestichten van liefdadigheid verstoken kunnen zijn van het genot van voordeelen uit de uiterste willen van hen, die vóór hunne geboorte waren overleden, en de werking dier in ons land zoo menigvuldige legaten *ad pias causas* zoude daardoor zoodanig worden beperkt, dat zij geheel hun doel zouden missen. De wet zelve maakt daarom uitdrukkelijk eene uitzondering ten behoeve van stichtingen, op het voorbeeld der *l.* 24 *C. de episc. et cler.: id quod pauperibus relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat b*). Het woord stichtingen is misschien niet zeer gelukkig gekozen; het is echter vrij duidelijk, dat daarmede alleen bedoeld zijn liefdadige inrigtingen of gestichten. Maar ten hunnen behoeve is de wet dan ook zoo algemeen mogelijk, en moet de uitzondering ruim worden uitgelegd en bij gevolg toegepast op allerlei armen-inrigtingen, godshuizen en liefdadige instellingen van allerlei aard; en het maakt volstrekt geen verschil, of de beschikking geschiedt ten voordeele eener stichting, die reeds bestaat, of van ééne, die bij het testament zelf wordt opgerigt, en die door de regering bij de beraadslaging werd genoemd als voorbeeld, doch zeker

---

a) Ook niet wanneer op dat tijdstip het vonnis nog vatbaar is voor verzet of beroep in cassatie; ook dan is er nog geen regterlijk gewijsde.

b) Het mag betwijfeld worden, of tot het beoogde doel eene bepaling als het 2e lid van art. 946 bevat, wordt vereischt. Immers in het gestelde geval wordt het goed niet vermaakt aan de noodlijdenden, die door de stichting te eeniger tijd bedeeld zullen worden, maar aan de stichting zelve. Erfgenaam of legataris is de stichting, niet de door haar bedeelden.

geene anderen uitsluit *a*). De wet zelve onderscheidt niet, en voor zulk eene onderscheiding zou ook zeker geene reden zijn. Het doel was geen ander, dan om aan de legaten *ad pias causas* in den meest uitgebreiden zin een wettig bestaan te verzekeren: *favores ampliandi.*

§ **551.** De bepaling van art. 957, dat geen vreemdeling iets kan genieten uit een uitersten wil, dan voor zoover de Nederlander die bevoegdheid heeft in het land van den vreemdeling, is ingetrokken bij de wet van 7 April 1869, *Stbl.* n°. 56. — Zie boven, *ad* § 515, en Eerste Ged. bl. 31.

1°. De goederen aan deze gestichten geschonken geraken in een zeker opzigt, buiten den handel. De regering moet er ook voor waken, dat de maatschappij en de familiën niet al te zeer benadeeld worden door overdreven liefdadigheid. Locré, V, 314, 346. Deze giften waren oudtijds hier te lande onvoorwaardelijk verboden. De Groot, *Inl.*, II, 16, 3. — De uitvoering dezer wetsbepaling is bij onderscheiden administratieve besluiten en verordeningen geregeld. Een besluit van 21 Oct. 1818, waarvan melding wordt gemaakt in het *Bijv. tot het Stbl.* van dat jaar, bl. 849, gaat zelfs zoo ver, om de beschikking op dergelijke verzoeken, indien de gift of het legaat de waarde van 300 franken niet te boven gaat, op te dragen aan gedeputeerde staten, ofschoon art. 910 *C. N.*, even als ons art., uitdrukkelijk de koninklijke magtiging vorderde. Vermits intusschen de wet bij geene koninklijke besluiten kan worden veranderd, spreekt het van zelf, dat dit besluit nooit wettig is kunnen genomen worden, en dat het zeer zeker na de invoering van het B. W. vervallen is, hoezeer dan ook bij eene aanschrijving van den Minister van Binnenlandsche Zaken van 4 Mei 1839, voorkomende in het *Bijv. tot het Stbl.* van dat jaar, bl. 226, het tegendeel is aangenomen *b*). Is eenmaal de magtiging om te aanvaarden geweigerd, dan is het regt van de weldadige instelling vervallen, en kan dit niet door eene

a) Aldus besliste de hooge raad bij arrest van 30 Junij 1882, *W.* n°. 4800.

b) Het K. B. van 21 Oct. 1818 en de bij gemelde aanschrijving van den Minister van Binnenlandsche Zaken bedoelde nadere Koninklijke beslissing van 22 April 1839, zijn dan ook ingetrokken bij K. B. van 3 Nov. 1872 (*Wbl.* n°. 112).

latere magtiging herleven. De erfgenamen hebben van den dag der weigering een verkregen regt op de nalatenschap, dat hun niet meer kan worden ontnomen. Anders echter arrest van den hoogen raad van 11 Maart 1864, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXVIII, 394—413 *a*).

2°—4°. Al deze personen oefenen gewoonlijk min of meer zedelijken invloed uit op den minderjarigen of zieken erflater, en het zou te vreezen zijn, dat zij daarvan somtijds misbruik zouden maken, om deze laatsten tot edelmoedigheid jegens hen te bewegen, en dat zij zich alzoo giften na doode, door list of vleijerij, of soms door nog meer onkiesche middelen, zouden weten te verzekeren. De uiterste wilsbeschikkingen zouden hierdoor ophouden daden van den vrijen wil te zijn, wat zij altijd wezen moeten.

2°. De rekening moet afgelegd en gesloten zijn; dat is, het goed slot moet van weêrszijden zijn vastgesteld en goedgekeurd; doch het behoeft niet te zijn uitgekeerd. De vraag of dit verbod ook van toepassing is op hem die ter zake van verkwisting is onder curatele gesteld, wordt op goede gronden ontkennend beantwoord in *Regtsg. Adv.*, IV, 94, 95. Niet alleen spreekt de wet alleen van voogden van minderjarigen, en mag zoodanig verbod niet bij analogie worden uitgestrekt zelfs tot gelijksoortige gevallen; maar ook de reden van het verbod bestaat niet voor den verkwister, die onder curatele is gesteld. Om dezelfde redenen mag het ook niet worden uitgestrekt tot hem, die wegens zwakte van geestvermogens, op eigen verzoek, onder curatele is gesteld. Verg. boven *ad* § 547.

Zoolang de voogdij-rekening niet afgelegd enz. *b*).

---

a) Ook DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 350 en 351 is van een ander gevoelen.

b) De reden der onbekwaamheid bedoeld in art. 951 eerste lid, ligt in de vrees voor zedelijken dwang of onbehoorlijken invloed van den voogd op zijn pupil. Het tweede lid van dit artikel strekt de onbekwaamheid voor den meerderjarig geworden pupil uit totdat de voogdij-rekening is afgesloten, omdat hij eerst daarna kan geacht worden geheel vrij en onafhankelijk van dien invloed te zijn.

Hieruit volgt dat de reden dier onbekwaamheid niet meer bestaat, de minderjarige dus bevoegd is ten behoeve van zijnen gewezen voogd eene beschikking te maken, wanneer krachtens art. 472, de voogd niet meer tot het afleggen der rekening kan worden genoodzaakt. Arrest van den hoogen raad van 7 Dec. 1877, *W.* n°. 4196.

4°. Deze drie omstandigheden moeten te zamen loopen: 1°. De uiterste wil moet gedurende de ziekte gemaakt zijn; 2°. de erflater moet aan die ziekte gestorven zijn; 3°. de geneesheer enz. moet hem gedurende die ziekte bediend hebben. Het verbod treft dus niet den geneesheer, die den erflater in eene vroegere ziekte bediend heeft; het is evenmin van toepassing, als de erflater hersteld is uit eene ziekte, die men voor doodelijk had gehouden.

Het zou twijfelachtig kunnen zijn, of men het moet toepassen op apothekers, die eenvoudig de geneesmiddelen door den geneesheer voorgeschreven hebben verkocht, omdat het toch niet volkomen juist is te zeggen, dat deze, die den zieke meerendeels zelfs niet zien, eenigen, veel minder eenen bijzonderen zedelijken invloed op hem kunnen hebben uitgeoefend; het is echter niet minder waar, dat zij hem bediend hebben; en de wet kan daaronder naauwelijks iets anders verstaan hebben, omdat in de meeste gevallen hunne bediening zich niet verder uitstrekt noch uitstrekken kan dan tot het leveren en verkoopen van geneesmiddelen *a*).

Andere personen, b. v. vroedmeesters en vroedvrouwen. Voornamelijk echter schijnt de wet hier ook hen op het oog te hebben, die, zonder daartoe volgens de wet geregtigd te zijn, de geneeskunde uitoefenen, als kwakzalvers en dergelijken. Op zieken-bewaarders of bakers, kan men het verbod niet toepassen, omdat men van hen niet zeggen kan, dat zij de geneeskunde uitoefenen: *odia restringenda.* Zie TOULLIER, V, 67.

b. De man, die zijne vrouw als geneesheer bedient, oefent op haar niet meer invloed uit dan anders. De beschikking te zijnen voordeele gemaakt moet veeleer aan de liefde en genegenheid der vrouw voor haren man, dan aan eenen misbruikten invloed van den geneesheer worden toegeschreven, en het legaat derhalve gerekend worden geschied te zijn meer aan den echtgenoot dan aan den geneesheer. Deze uitzondering, die in art. 909

---

a) Anders OPZOOMER, t. a. p., bl. 228, noot 1, die den apotheker alleen uitgesloten acht als hij geneeskundige hulp heeft aangebragt.

C. N. niet voorkomt, werd echter stilzwijgend aangenomen door TOULLIER, V, 66.

5°. Uit den inhoud van art. 954, in verband met art. 958, zou men kunnen opmaken, dat alleen de beschikking, ten voordeele der getuigen gemaakt, moet worden vernietigd, en dat de overige bepalingen van den uitersten wil blijven bestaan. Intusschen spreken de artt. 991 en 1000 de nietigheid uit van den geheelen uitersten wil bij openbare acte verleden, waarbij benoemde erfgenamen of legatarissen als getuigen gediend hebben. Het valt moeijelijk, hier eene tegenstrijdigheid weg te redeneren; het eenige middel, misschien, om de beide bepalingen te vereenigen, is, te zeggen (zoo als men het verklaard vindt bij ASSER, 484, 485), dat, wel is waar, zoodanige uiterste wil nietig is, maar dat die nietigheid geenszins zoo radicaal is, of de erfgenamen kunnen zich vergenoegen met de beschikking ten voordeele der getuigen te doen vernietigen, en die overigens eerbiedigen; — maar men zal ook dan moeten aannemen, dat, indien de erfgenamen het verlangen, het geheele testament moet vernietigd worden; en zoo hangt dan de geldigheid van den uitersten wil alleen af van den vrijen wil der erfgenamen. De oplossing is ook daarom weinig bevredigend, omdat hetzelfde in zekeren zin kan gezegd worden van iedere nietigheid. Geen testament toch is van regtswege nietig; en het meest nietige testament blijft bestaan, indien de belanghebbenden goedvinden daarin te berusten, en zich op de nietigheid niet beroepen. Zie beneden *ad* § 573. — Maar wat nu, als één der erfgenamen de geheele nietigverklaring vordert, terwijl de overigen zich vergenoegen met de vernietiging van enkele beschikkingen? De vordering kan aan den eerstgenoemde alsdan niet ontzegd worden, en hij kan, door het berusten van zijne mede-erfgenamen, zeer zeker niet worden genoodzaakt eenen uitersten wil na te leven, die volgens de wet nietig is; den overigen erfgenamen staat het daarentegen natuurlijk vrij, dien ten uitvoer te brengen, voor zoo veel hen aangaat.

Openbare akte. Deze woorden schijnen er slechts ten overvloede bijgevoegd te zijn, om allen twijfel omtrent olographische en besloten uiterste willen onmogelijk te maken; eigenlijk zouden

zij wel overtollig zijn, omdat alleen openbare uiterste willen door eenen notaris kunnen verleden worden. Art. 979, 980, 985, 986, 987.

6°. Wanneer de ouders derhalve slechts bloedverwanten in de opgaande of in de zijdlinie achterlaten, kunnen zij over hun geheele vermogen ten behoeve hunner natuurlijke kinderen beschikken, behoudens de legitime portie der bloedverwanten in de opgaande linie (art. 962). Zie *Regtsg. Adv.*, I, 70, 71. Anders was het in het Fransche regt, onder hetwelk, volgens art. 908 *C. N.*, het natuurlijk kind, bij uitersten wil, in geen geval meer mogt genieten, dan aan hetzelve *ab intestato* toekwam.

7°. Zie boven, *ad* § 522. Al deze redenen zijn dezelfde, die onwaardig maken om *ab intestato* te erven; alleen vindt men hier niet gesproken van hem, die getracht heeft den erflater om te brengen, of die eene lasterlijke beschuldiging tegen hem heeft ingebragt, zoo als in art. 885. De reden waarom deze beiden zijn weggelaten is, omdat, indien de erflater zijne beschikkingen niet heeft ingetrokken, maar daarbij is blijven volharden, men het er voor houden moet, dat hij den beleediger vergiffenis heeft geschonken, en omdat alsdan de wet niet strenger behoort te zijn dan de erflater *a*). De bijvoeging, die ook den echtgenoot en de kinderen van den onwaardige uitsluit, opdat deze uit de erfenis zelfs niet indirect zou worden bevoordeeld, is zeker zeer hard; en vooral zonderling bij ons, waar art. 887 bepaalt, dat kinderen van een onwaardige uit eigen hoofde tot de nalatenschap komende, niet zijn uitgesloten door de schuld hunner ouders en alzoo voor de erfopvolging *ab intestato* juist het tegendeel vaststelt. Hoe men voor het overige ook over de zaak denken moge, voor die onderscheiding is zeker niet wel eene reden te vinden. Zie voorts over dit geheele art. *Themis*, 1844, bl. 400—417.

§ 552. Alleen de u i t e r s t e w i l s b e s c h i k k i n g, gemaakt ten voordeele van iemand, die onbekwaam is, en niet de geheele

---

a) Deze door de Regering destijds gegeven reden (VOORDUIN, IV, bl. 96 en 97) rust op niet zeer hechten grondslag. Men stelle het geval dat de poging is aangewend op iemand die krankzinnig is en daardoor verhinderd wordt zijn testament te herroepen.

uiterste wil is nietig; zoo zullen, wanneer iemand eenen onbekwame tot erfgenaam heeft benoemd, en daarbij tevens eenige legaten gemaakt, deze laatsten moeten worden uitgekeerd, en alleen de erfstelling vervallen.

Tusschen beide komende personen. Zie boven *ad* § 143.

Voor hoedanig gehouden worden *a*).

2°. De wet spreekt van kinderen, en is dus algemeen. Daaronder zijn derhalve niet alleen wettige, maar ook erkende natuurlijke kinderen begrepen, en zelfs overspelige en bloedschendige, die, al zij het dan in strijd met de wet, mogten erkend zijn *b*).

Wettelijk erfdeel (légitieme portie) en inkorting.

§ **553.** Ongetwijfeld is de légitieme portie eene beperking van de vrije beschikking over de goederen bij uitersten wil, die men gewoon is als één der schoonste regten door de wet geschonken te beschouwen; maar die beperking is heilzaam en noodzakelijk in het belang der maatschappelijke orde, die geheel zou kunnen worden omvergeworpen, indien de wet er niet voor had gezorgd, dat de goederen der ouders, voor een gedeelte ten minste, de eigendom wierden hunner kinderen; want het zijn juist deze, die hun hunnen staat en stand in de maatschappij moeten verzekeren, en de kinderen hebben door de natuur en door de geboorte een zeker regt verkregen op de goederen hunner ouders. Locré V, 193, 194, 315, 316, 366—368. Alle burgerlijke wetgevingen bijna kennen die instelling; en het is bekend, dat men zich zelfs bij de Romeinen niet lang gehouden heeft aan de wet der twaalf tafelen: *paterfamilias uti legassit, ita jus esto;* maar dat men niet alleen aan kinderen en ouders, maar zelfs aan broeders en zusters eene *légitime* heeft toegekend; § 3 *I.*, *l.* 8, § 1, *l.* 29 *C. de inoff. test.: Nov.* 1, *Praef*, § 2; *Nov.* 18, *Praef. c.*

a) Ten opzigte van de in het tweede lid van art. 958 genoemde personen, schept de wet een wettelijk vermoeden dat zij voor tusschenpersonen gehouden worden, waartegen tegenbewijs niet is toegelaten. Ook ten opzigte van andere personen is het bewijs toegelaten, dat deze als zoodanig te beschouwen zijn, maar dan behoudens tegenbewijs.

b) Dat hieronder ook zouden begrepen zijn kinderen, die krachtens eene vrijwillige erkenning, als overspelig of bloedschendig zijn te beschouwen, meen ik op de gronden door den schr. der *Handl.*, boven, ad § 536 aangevoerd, te moeten betwijfelen.

1, 3, enz. Hetzelfde was ook aangenomen in de oud-Hollandsche wetgeving. DE GROOT, *Inl.* II, 18, 5—17; VOET, *ad tit. D. de inoff. test.*, 44. — Zie voorts nog over het wettelijk erfdeel B. VAN DER HAAK, *Diss. de port. leg.* L. B. 1845 *a*).

Volgens het Fransche regt wordt elke nalatenschap, indien er erfgenamen zijn, die regt op eene légitieme portie hebben, in een beschikbaar en een niet-beschikbaar gedeelte gesplitst, met dat gevolg, dat de beschikking, waarbij de légitieme portie geschonden is, altijd moet worden ingekort, ook dan nog, wanneer één der legitimarissen, om welke reden ook, geen erfgenaam wordt (art. 913, 915, 920, 786 *C. N.*). — Bij ons, daarentegen, is de légitieme portie niets anders dan het erfdeel aan ieder der erfgenamen in de regte linie, voor zijnen persoon (*individuellement*), toekomende; vervalt dus dat regt ten opzigte van den éénen legitimaris, dan kunnen de anderen daarop geene aanspraak maken. Bij voorb. A. sterft, nalatende een vermogen van *f* 60,000, en twee zonen B en C, wier wettelijk erfdeel is een derde der nalatenschap, dus *f* 20,000 voor ieder. A heeft bij uitersten wil aan D een legaat gemaakt van *f* 40,000; dat legaat zou dus tot *f* 20,000 moeten worden ingekort; maar B verwerpt de vaderlijke nalatenschap, of wordt onwaardig verklaard; er komt geene inkorting meer te pas; want C vindt zijne volle légitieme in de *f* 20,000, waarover niet beschikt is. Zie echter over de vraag, of door verwerping der erfenis het regt op de légitieme verloren gaat, *Ned. Jaarb.*, VI, 601, volgg., wederlegd bij VAN DER HAAK, 17—26; en over die of de erflater kan bepalen, dat het wettelijk erfdeel niet in de gemeenschap zal vallen, boven *ad* § 103.

§ **554.** I. Men heeft gevraagd, of de onwaardig verklaarde kinderen moeten worden medegeteld, om de hoegrootheid te be-

---

a) Krachtig wordt het wettelijk erfdeel verdedigd door Mrs. C. PIJNACKER HORDIJK en L. G. VERWER, in hunne praeadviezen in de *Ned. Juristen-Vereeniging*, 1884, I, bl. 33—151. In gelijken zin Prof. D'AULNIS DE BOUROUILL in *Themis*, 1884, bl. 345—377. Anders echter Mr. JAC. W. VAN DEN BIESEN in *Themis*, 1884, bl. 325—345.

rekenen van de légitieme der overigen? En het antwoord moet ongetwijfeld toestemmend zijn. De woorden van dit artikel maken iedere andere beslissing al dadelijk onmogelijk. De hoegrootheid der légitieme, waartoe ieder kind geregtigd is *individuellement*, niet allen te zamen *collectivement*, wordt daarbij afhankelijk gesteld niet van het aantal erfgenamen, maar van het aantal kinderen, dat de erflater nalaat, dat overblijft; — en de vader van twee kinderen laat niet minder twee kinderen na, al wordt één hunner onwaardig verklaard; de toestand van den overgeblevene moet door de straf, die den schuldige treft, niet beter worden. Zie *Regtsg. Adv.*, III, 86—90; VAN DER HAAK, 58, 59.

II. Om aanspraak op de légitieme portie te kunnen maken, moeten de bloedverwanten in de opgaande linie erfgenamen zijn. Wanneer iemand dus sterft, nalatende eenen grootvader en broeders en zusters, kan hij zijn geheel vermogen bij uitersten wil wegmaken. De broeders en zusters toch kunnen die beschikking niet doen inkorten; de légitimarissen alleen hebben daartoe het regt, en die hoedanigheid missen zij (art. 960). De grootvader kan het ook niet; hij wordt door de broeders en zusters uitgesloten (art. 903); aan hem zou dus bij versterf niets zijn toegekomen; hij is geen erfgenaam, en even daarom geen légitimaris. Deze beslissing moge vreemd zijn; maar zij berust op de duidelijkste woorden en op den zin der wet. Onder het Fransche regt was deze vraag aan twijfel onderhevig, en ook verschillend beantwoord. Zie b. v. TOULLIER, V, 114. Maar de *ratio dubitandi* ontstond toen uit de woorden: *les libéralités ne pourront excéder la moitié des biens, si le défunt laisse un ou plusieurs ascendants;* welke woorden in ons art. 962 niet gevonden worden. — Maar wat, als er zijn bloedverwanten in de opgaande linie en natuurlijke kinderen? Beiden hebben aanspraak op hunne légitieme, omdat beiden erfgenamen zijn *ab intestato* (art. 960); en de légitieme der ouders vervalt niet door het aanwezig zijn van natuurlijke kinderen. Zie VAN DER HAAK, 35—52; *Regtsg. Bijbl.*, II, 253, 254; doch anders aldaar, 246—252.

III. Veel was onder het Fransche regt getwist over de vraag,

of de natuurlijke kinderen al dan niet eene légitieme hadden. De wet had zich daarover nergens verklaard, en de groote moeijelijkheid was daarin gelegen, dat men het niet eens was over den aard der regten van het natuurlijk kind. Zie b. v. TOULLIER, IV, 263—267; CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 756, 17; *Regtsk. Tijdschr. voor het Notaris-ambt*, I, 157—160. — Bij ons is de vraag beslist. Daar het natuurlijk kind erfgenaam is (zie boven, *ad* § 534), ofschoon dan ook minder bevoorregt dan een wettig kind, was er geene reden, om het de *légitime*, hoewel dan ook een kleinere en met zijne regten van erfgenaamschap geevenredigde, te weigeren — De wettige kinderen daarentegen van het natuurlijk kind, dat vooroverleden is, hebben geene aanspraak op eenige légitieme in de grootouderlijke nalatenschap. In den regel bestaat er tusschen hen en die grootouders geenerlei burgerlijke betrekking (art. 335); art. 913 doet hen wel treden in de regten van erfgenamen *ab intestato;* maar niet in die van légitimarissen. Art. 961 daarenboven spreekt van wettige afstammelingen in de nederdalende linie *a*); hier wordt daarentegen alleen gesproken van het natuurlijk KIND. Anders echter VAN DER HAAK, 43, 44 *b*). — Evenmin hebben de ouders aanspraak op eene légitieme in de nalatenschap hunner natuurlijke kinderen, alweder omdat de wet hun die nergens uitdrukkelijk toekent. Hier toch wordt alleen gesproken van natuurlijke kinderen, niet ook van natuurlijke ouders; en art. 962 spreekt zeer duidelijk alleen van wettige ouders. Dit bewijst ook de volgorde der artikelen, die eerst in de artt. 961 en 962 handelt over wettige, daarna in art. 963 over natuurlijke bloedverwanten afzonderlijk. Het blijkt ook uit de woorden van datzelfde art. 962, dat spreekt niet alleen van ouders, maar van bloedverwanten in de opgaande linie, dat van natuurlijke kinderen

---

a) In het vierde lid van art. 961 wordt wel niet met zoovele woorden gesproken van WETTIGE afstammelingen; dat deze alleen aldaar kunnen bedoeld zijn, volgt intusschen ongetwijfeld daaruit, dat de voorafgaande bepalingen van het artikel, waarmede het laatste lid één geheel uitmaakt, alleen betrekking hebben op wettige kinderen.

b) En DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 134—136.

niet dan zeer oneigenaardig kan gezegd worden. Anders echter VAN DER HAAK, 44, 45 *a*).

§ **555.** De beoordeeling der vraag, of men door zoodanig eene beschikking aan het wettelijk erfdeel te kort doet, is meestal van geheel wisselvallige omstandigheden afhankelijk, en ondergeschikt aan de vraag, hoe lang het vruchtgebruik zal duren, of hoe lang de lijfrente zal moeten uitgekeerd worden. De hoegrootheid der gift is even daarom vooraf niet met juistheid te berekenen. Men is er dus op bedacht moeten zijn, om een middel uit te denken, waardoor alle geschillen over zulke vragen wierden afgesneden. En waarlijk over het tegenwoordige heeft zich niemand te beklagen: de begiftigden of legatarissen bekomen alles, waarover de erflater vermogt te beschikken; de erfgenamen behouden alles, waarop de wet hun aanspraak geeft, ten ware zij zich met de beschikking niet bezwaard achten en liever verlangen zich daaraan te onderwerpen.

§ **556.** Deze bepaling is overgenomen uit art. 919 *C. N.*, dat echter tot doel had om te bepalen, hoe een erflater ten behoeve zijner kinderen of andere wettige erfgenamen kan beschikken, zonder dat deze laatsten genoodzaakt zijn het geschonkene in te brengen. Doch dit laatste wordt in ons artikel niet geleerd, dat dus ook daarom eigenlijk overtollig wordt; want dat de erflater over het beschikbare gedeelte kan beschikken ten voordeele van hem, die bij de wet niet onbekwaam wordt verklaard, spreekt van zelf *b*).

§ **557.** Zonder dat, enz. Wanneer een eenige zoon in de nalatenschap van zijnen vader niets anders vindt dan *f* 4,000 schuld, en als deze laatste tijdens zijn leven eene gifte heeft gemaakt van *f* 5,000, dan is wel de zoon, en deze alleen, bevoegd om de in-

---

a) Zie in gelijken zin *R. Adv.*, IX, bl. 64 vlg. Anders *Themis*, 1882, bl. 218 en 219, en DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 137.

b) Art. 966 is niet alleen geheel overbodig, maar kan alligt leiden tot verwarring tusschen inkorting en inbreng. Inkorting — en daarvan alleen kan hier sprake zijn — heeft plaats, wanneer door beschikkingen bij akte onder de levenden of bij uitersten wil het wettelijk erfdeel is verkort; zij kan dus oók toegepast worden op de giften gedaan aan hem die uit den uitersten wil niets geniet. Tot inbreng daarentegen kan alleen hij die erfgenaam is, verpligt zijn, wanneer hem bij akte onder de levenden eene schenking is gedaan.

korting van die gifte te vorderen; maar hij mag het niet ten zijnen voordeele aanwenden, zonder vooraf de schulden van zijnen vader te voldoen. Anders was de bepaling van art. 921 *C. N.*, volgens welke de schuldeischers niet alleen de inkorting niet konden vragen, maar ook zelfs daaruit geen voordeel konden trekken, en als reden hiervan werd door den *Tribun* FAVARD (zie LOCRÉ, 368, 369) gegeven onder anderen, dat de schuldeischers zich niet kunnen beklagen, als men hen geene voordeelen wil laten trekken uit eene inkorting, die zij zelve niet zouden hebben kunnen vragen, en omdat hun toestand dus niet beter zou geweest zijn, als de erfgenaam van het regt van inkorting geen gebruik had gemaakt. Maar tegen deze redenering zal zeker wel opwegen de overweging, dat het strijdig is met alle denkbeelden van goede trouw, eerlijkheid en zedelijkheid, als men den zoon toelaat zich met de goederen van zijnen vader te verrijken, wiens schulden hij niet zou behoeven te betalen.

§ **560.** Volgens art. 976 kan de regtsvordering tot vermindering of teruggave ook worden ingesteld tegen de derde bezitters, op dezelfde wijze en in dezelfde rangschikking als tegen d e g e v e r s (moet zijn b e g i f t i g d e n) zelve; en zulks volgens de orde der dagteekeningen dier vervreemdingen, te beginnen met de g i f t (moet zijn v e r v r e e m d i n g), die het laatst gedaan is. Zie meer over de onnaauwkeurige redactie van dit artikel *Regtsg. Bijbl.*, 120—127.

Vorm.

§ **561.** Veelvuldig waren bij ons, gelijk ook elders, in vroegeren tijd, de zoogenaamde m u t u e l e t e s t a m e n t e n vooral tusschen echtelieden in gebruik (*Regtsg. Bijdr.*, VI, 95; DE GROOT, *Inl.*, II, 17, 24; VOET, *ad tit. D. de pact. dot.*, 62; *de inj. rupt.*, 11; VAN LEEUWEN, *Cens. for.*, II, 15, 16). Hier te lande waren zij bij de invoering van het Holl. Wetb. *Nap.* (art. 653), en later door die der Fransche wetten (art. 968 *C. N.*) te gelijk met alle andere uiterste willen van twee of meer personen, reeds afgeschaft. Wanneer echter zoodanige uiterste willen vroeger, toen de wetten dit toelieten, gemaakt, ook nu nog door den

dood des erflaters mogten worden bekrachtigd, dan moeten zij worden geëerbiedigd. Art. 48 der *transitoire* wet 1). De voorname reden van dit verbod is hierin gelegen, dat men de moeijelijke vraag, of zoodanige uiterste wil door één der erflaters, zelfs na den dood van den anderen, mogt worden herroepen, heeft willen voorkomen. Op welke wijze men toch deze vraag beantwoordde, altijd moest men in eene tegenstrijdigheid vervallen; stelde men, dat het herroepen geoorloofd was van een mutueel testament, dan miskende men blijkbaar de bedoeling van hem, die daarbij was blijven volharden, en die het niet zou gemaakt hebben, indien hem niet de wederzijdsche beschikkingen van den andere waren toegezegd geweest; ontzegde men daarentegen aan den erflater dit regt, dan gaf men aan den uitersten wil een karakter van onveranderlijkheid, dat met zijn wezen in strijd is. LOCRÉ, V, 329.

§ 562. Alle uiterste willen moeten dus schriftelijk zijn, en de nuncupatieve testamenten der Romeinen (waarover zie § 14 *I. de test. ord.*, *l.* 21 *pr. D. qui test. fac. poss.;* VOET, *a. h. t.*, 10; G. S. VAN DER GRONDEN, *Diss. de jur. Fr. et nov. Belg. differentiis*, *ratione formae testamentorum. Tr. ad Rh.* 1838, p. 10, 11), en de mondelinge uiterste willen onzer voorouders (waarover zie DE GROOT, *Inl.*, II., 17, 9—12), zijn in het nieuwe regt niet bekend *a*).

§ 563. En door hem, enz. Art. 970 *C. N.* schreef deze formaliteit noch eenige andere voor het olographisch testament voor. Eene enkele akte, door de hand des erflaters geheel geschreven, onderteekend en gedagteekend, was genoeg, en deze gewigtige verandering is in onze wetgeving niet opgenomen dan na langdurige beraadslaging, en toch nog tegen den zin van

---

1) Thans is dit wel nagenoeg niet denkbaar meer.

a) Ook de door den Koning daartoe aangewezen consulaire ambtenaren zijn binnen hun ressort bevoegd tot het verlijden van openbare uiterste willen en het in bewaring nemen van olographische en geheime testamenten. Verzuim daarbij van de bij de Nederlandsche wet voorgeschreven formaliteiten, voor zooverre zulks onvermijdelijk was, heeft de nietigheid dier akten niet ten gevolge, indien de redenen vermeld zijn van die onvermijdelijkheid. Artt. 17—19 der wet van 25 Julij 1871 (*Stbl.* n°. 91).

velen. Voor de Fransche olographische testamenten werd voornamelijk aangevoerd, dat zij reeds daarom, omdat zij de eenvoudigste waren en geene onkosten hoegenaamd veroorzaakten, de voorkeur verdienden; dat zij het meest geschikt waren om den waren wil des erflaters, vrij van allen vreemden invloed, uit te drukken; dat het dikwijls, vooral op het platte land, gebeurt, dat iemand, die eenen uitersten wil verlangt te maken, niet dadelijk eenen notaris en getuigen kan vinden, om hem daarin bij te staan; maar eindelijk bovenal, dat vele erflaters er belang in stellen, dat niet alleen de beschikkingen, die zij na doode maken, maar het bestaan zelfs van hunnen uitersten wil voor allen verborgen blijve. Daartegen werd aangevoerd: dat het eene tegenstrijdigheid was, zoo vele formaliteiten, op straffe van nietigheid, voor de openbare uiterste willen te vergen en dan te gelijk, en als in éénen adem, dezelfde kracht toe te kennen aan een los stuk papier, waarop een erflater eenige woorden had geschreven, zonder verdere formaliteit dan de dagteekening en zijne naamteekening; dat de ondervinding maar al te zeer had geleerd, tot welke menigvuldige, treurige en bijna onbeslisbare regtsgedingen die olographische testamenten hadden aanleiding gegeven; hoe gemakkelijk het was, door nabootsing van des erflaters hand, een valsch stuk in de wereld te brengen; en welk een gereed middel daarentegen de erfgenamen *ab intestato* vonden in de verklaring, dat zij die hand niet kenden, om eenen uitersten wil buiten werking te stellen, indien zij er al niet toe besloten dien te verbranden, te verscheuren, of op eene andere wijze weerloos te maken. — Zonder hier tusschen het oude en het nieuwe te willen beslissen; zonder zich als opzettelijken verdediger van het ééne of van het andere op te werpen, mag men echter vragen, of door het nieuwe stelsel, nu men toch altijd zijne toevlugt zal moeten nemen tot eenen notaris en getuigen, de olographische uiterste willen niet hun voornaam doel, het geheim namelijk van hun bestaan, zullen missen, of zij dus niet overtollig worden, en of het dus misschien niet beter geweest ware, in plaats van dezen middenweg te kiezen, ze, op het voorbeeld van artt. 622 en 623 van het Holl. Wetb. *Nap.* en artt. 1650—1652 van het ontwerp

van 1820, geheel te verbieden, en voortaan alleen ol o g r a p h i s c h e codicillen voor beschikkingen van mindere aangelegenheid toe te laten? — Immers, om aan den erflater het vermogen te geven om zelf zijnen uitersten wil te schrijven, of om hem de geheimhouding der daarin voorkomende b e s c h i k k i n g e n te waarborgen, daarvoor had men het alzoo gewijzigde o l o g r a p h i s c h e t e s t a m e n t niet noodig: de erflater zou het één en het ander gevonden hebben in art. 987, en had zich daartoe slechts te bedienen van een besloten testament. Zie voorts over dit onderwerp, behalve de aan het hoofd van dezen titel aangehaalde schrijvers, LOCRÉ, V, 261, 329; V. D. GRONDEN, aang. *Diss.*, 32—45; S. SCHMOLCK, *Diss. de tabellionis officiis, quatenus in novo Cod. Belg. exponuntur*, L. B. 1828, p. 142—146; H. F. VAN DEN BERGH, *Diss. de test. hol. jur. Gall. et jur. Neerl.*, L. B. 1838, p. 60—63, 69—71.

D e z e l f d e k r a c h t. Ook wat het schrift des erflaters betreft. De echtheid van het schrift of van de onderteekening kan dus niet anders worden betwist, dan op de wijze, voor authentieke akten voorgeschreven, want zij wordt altijd bewezen door de akte van bewaargeving, die eene authentieke akte is, door den erflater onderteekend. (*a*)

E n g e r e k e n d w o r d t, enz. En dit is dan ook de reden, waarom de uiterste wil niet meer behoeft gedagteekend te zijn.

§ 564. Deze stukken, die veel overeenkomst hebben met de oude *codicillen*, zijn geene uiterste willen; men kan daarbij geene beschikkingen, hoe gering ook, maken, dan die in art. 982 vermeld. Daarbij kan nimmer een erfgenaam worden benoemd: *codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest.* § 2 *I. de eod.;* DE GROOT, *Inl.*, II, 17, 3. Zie echter *Regtsg. Bijdr.*, VI, 89, en VOET, *ad tit. D. de jur. eod.*, 5, die leert, dat er vroeger in Holland geen of weinig verschil bestond tusschen tes-

---

a) Dit acht ik zeer betwistbaar. Art. 980 kent aan den olographischen uitersten wil d e z e l f d e k r a c h t toe als aan een bij openbare akte gemaakten uitersten wil, maar daaruit volgt m. i. nog niet dat hij de hoedanigheid van eene authentieke akte erlangt. Zie hierboven § 191 *i. f.* Zie *in utramque partem:* Mr. G. J. DE MARTINI, *de Ned. wetgeving*, ad art. 1914, en *N. Bijdr.*, XII, bl. 503 vlg.

tamenten en codicillen. — Evenmin kan bij zulk een onderhandsch stuk een voogd benoemd worden; de wet vordert daartoe uitdrukkelijk, òf eenen uitersten wil, òf eene authentieke akte, art. 410. In één woord, het onderhandsche stuk kan geene andere beschikkingen inhouden dan die, welke hier bij de wet uitdrukkelijk zijn toegelaten, zonder dat echter door andere beschikkingen, als erfstellingen, legaten in geld enz. het geheele stuk nietig wordt; *utile per inutile non vitiatur.* Het gevolg is alleen, dat die erfstellingen en legaten worden gehouden voor niet geschreven, met behoud echter van de geoorloofde en bestaande beschikkingen. Zie arrest van den hoogen raad van 11 April 1845, bij VAN DEN HONERT, *B. R.*, VII, 15—36.

1°. Dus niet die van de bewindvoerders, waarvan art. 1066 spreekt, wier benoeming altijd geschiedt hetzij bij uitersten wil, hetzij bij notariële akte.

3°. Deze legaten mogen niet bestaan in eene geldsom, al is zij nog zoo gering; want 1°. begrijpt de wet onder de uitdrukking meubelen geen geld, art. 571; 2°. zijn de woorden: en eindelijk om, naar den stand der personen, en de gelegenheid der nalatenschap, geringe legaten aan bedienden en behoeftige personen, uit eene vroegere redactie opzettelijk weggelaten, omdat men uit de onbestemde beteekenis dezer woorden, en uit de onzekerheid, waarin men zou verkeeren, om te bepalen, of een legaat al dan niet gering ware, menigvuldige regtsgedingen voorzag. Men zou dus de bedoeling der wet ten éénemale miskennen, en de zwarigheid, die men heeft willen uit den weg ruimen, zou blijven bestaan, indien men onder deze woorden eenig geldelijk legaat wilde verstaan.

§ 565. Zie beneden, *ad* § 567, n°. 7.

§ 566. 1°. De *C. N.*, art. 971, vorderde twee notarissen en twee getuigen, of éénen notaris en vier getuigen; bij ons wordt thans voor eenen uitersten wil, wat dit punt betreft, niet meer gevorderd dan voor elke andere notariële akte, volgens art. 23 der wet op het notarisambt van 9 Julij 1842, *Stbl.* n°. 20. — Zie voorts over art. 986: *de vorm van den uitersten wil bij openbare acte met twee voorbeelden van notarissen behandeld*, Goes, 1862.

2°. Volgens het Fransche regt moest de uiterste wil aan den notaris worden gedicteerd, en door dezen, zoo als hij gedicteerd werd, opgeschreven, art. 972 *C. N.* — Dicteren nu beteekent woord voor woord voorzeggen, zoo als men wil, dat het letterlijk zal worden geschreven. — De moeijelijkheid om aan dat bevel stipt te gehoorzamen had het meer dan eens doen verwaarloozen, en schijnt er dan ook alleen TOULLIER (V, 419) toe gebragt te hebben, om te leeren, dat de notaris niet de woorden hem door den erflater voorgezegd behoeft op te schrijven, maar dat het genoeg is, als hij er met juistheid den zin van op schrift brengt. Met de woorden van art. 972: *il doit être écrit — tel qu'il est dicté*, was deze leer zeker moeijelijk overeen te brengen. Zie *Regtsg. Bijdr.*, VI, 256—261. — Geheel anders is het bij ons. De erflater geeft aan den notaris vooraf zijnen uitersten wil op, die, na daarover te hebben nagedacht, of na daarop de noodige aanmerkingen gemaakt te hebben, dien zakelijk, zoo als hem die is opgegeven, schrijft of doet schrijven. Het dictamen is alzoo afgeschaft, en hieruit volgt, dat 1°. de notaris zich niet behoeft te bedienen van de woorden van den erflater, 2°. dat hij niet eens de beschikkingen van den erflater uit zijnen mond dadelijk behoeft af te schrijven. VAN DER GRONDEN, aang. *Diss.*, 51—53.

Doen schrijven. Na de zoo even gemelde verandering kon er geene reden meer bestaan, om met art. 972 *C. N.* aan den notaris de verpligting op te leggen, om altijd eenen uitersten wil zelf te schrijven, want er wordt niet meer kunde of bekwaamheid vereischt, om eenen uitersten wil dan om eene andere akte in schrift te brengen.

3°. Ook hiermede is eene zeer betwiste vraag van het Fransche regt beslist; deze namelijk, of de getuigen reeds bij het dicteren en schrijven van den uitersten wil moesten tegenwoordig zijn? Zie daarover *Regtsg. Bijdr.*, II, 72—77; III, 340—346; VI, 254—276. — De wet vooronderstelt hier voorts, dat dit opstel moet worden voorgelezen; dit is echter alleen dan noodig, als daarvan werkelijk wordt gebruik gemaakt, en als het dus tot testament gemaakt wordt. — Zie arrest van den hoogen raad

van 9 October 1863, bij VAN DEN HONERT, *B. R.*, XXVIII, 1—14. Bij datzelfde arrest wordt voorts nog op goede gronden beslist, dat het in geschrift brengen van het testament niet is eene eigenlijke formaliteit, en alzoo niet uitdrukkelijk behoeft vermeld te worden. Het testament zelf bewijst dan ook dat dit geschied is.

Moet de erflater. Maar wat, als de erflater stom is? — Dit schijnt geen beletsel te zijn om eenen openbaren uitersten wil te maken, mits hij op eene andere wijze, b. v. door teekenen, zijnen wil duidelijk aan den notaris en de getuigen wete te verklaren.

4°. Deze voorlezing moet duidelijk geschieden, en door den erflater en de getuigen gehoord worden; daaruit volgt dus, dat iemand, die geheel doof is, geenen openbaren uitersten wil kan maken. Te vergeefs zou men zeggen, dat hij zelf dien alsdan kan lezen, en dat daarmede het doel zal bereikt zijn; de wet gebiedt de voorlezing door den notaris, en wel op straffe van nietigheid (art. 1000); en al wat den vorm der uiterste willen betreft, is *strictae interpretationis a*). — De wet vordert voor het overige alleen vormen, en geene sacramenteele woorden. Het is daarom niet noodig, dat het testament met uitdrukkelijke woorden zegt, dat de voorlezing is geschied door den notaris, indien dit maar duidelijk uit den inhoud van het testament blijkt. Zie arrest van den hoogen raad van 20 November 1863, bij VAN DEN HONERT, l. l., 101—114.

7°. Moet aan den erflater deze verklaring ook worden voorgelezen? Neen, de wet beveelt dit niet. De voorlezing heeft plaats vóór de onderteekening, en dus vóór de verklaring van den erflater, dat hij niet weet te teekenen; en er wordt nergens eene tweede voorlezing voorgeschreven. Zie verder een zeer uitvoerig gemotiveerd arrest van het hof van Montpellier, waarvan de meeste gronden ook hier kunnen worden toegepast, te vinden in het *Regtsg. Tijdschr. voor het Notarisambt*, I, 267—270.

8°. Moet ook dit geschieden op straffe van nietigheid? Er bestaan gegronde redenen om dit te betwijfelen. Art. 1000 bedreigt

---

a) Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 285 en 286.

wel het verzuim van iedere formaliteit met nietigheid, maar de verklaring, dat de formaliteiten zijn nagekomen is op zich zelve niet eene formaliteit; en art. 986, wanneer het spreekt van de nakoming van deze formaliteiten, heeft daarbij duidelijk het oog op hetgeen voorafgaat, en schijnt dus ook aan te nemen, dat de vermelding eener formaliteit iets anders is dan eene formaliteit *a*).

§ **567.** De besloten uiterste wil verschilt, wat het wezen der zaak betreft, gelijk wij boven, *ad* § 563, reeds gezien hebben, weinig of niet van den olographischen. Maar groot is het verschil, wat den vorm aangaat; zoo moet b. v. de olographische uiterste wil altijd door den erflater, de beslotene kan ook door een ander geschreven worden; de eerste kan open of gesloten, de tweede moet altijd gesloten en verzegeld aan den notaris worden aangeboden, enz. *b*).

2°. Men merke wel op, dat de wet de dubbele formaliteit vordert van sluiting en verzegeling. Het is dus niet genoeg, als de uiterste wil of de omslag alleen gesloten, b. v. toegeplakt of geouweld is. Hij moet daarenboven van een zegel voorzien zijn, doch dat zegel is ter keuze van den erflater. TOULLIER, V, 463.

3°. Ingeval de erflater niet spreken kan, moet de uiterste wil geheel met zijne hand geschreven, gedagteekend en onderteekend zijn; en doet hij de verklaring, waarvan hier gesproken wordt, schriftelijk boven de akte van superscriptie, in tegenwoordigheid van den notaris en van de getuigen, art. 988.

4°. Moet de notaris die akte van superscriptie zelf schrijven, of kan hij dit ook aan zijnen klerk overlaten? — Hij moet dit zelf doen, volgens TOULLIER, V, 418 (zie ook VAN DER GRONDEN, aang. *Diss.* 66, 67). Hij behoeft dit niet, volgens DURANTON, V, 127. Maar wat hiervan zijn moge volgens het Fransche regt, het schijnt ten hoogste bedenkelijk, of men bij ons den uitersten

---

a) Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 241 en 242.

b) Dit laatste is niet geheel juist. Het verschil ligt daarin dat de olographische uiterste wil, zoo deze open aan den notaris aangeboden is, open blijft, terwijl de erflater den besloten uitersten wil in dat geval, in tegenwoordigheid van den notaris en de getuigen, moet sluiten en verzegelen of doen sluiten en verzegelen.

wil zou kunnen vernietigen, op grond, dat de akte van superscriptie niet door den notaris is geschreven. Den openbaren uitersten wil kan hij door zijnen klerk laten schrijven (art. 986); deze is buiten kijf eene akte van veel meer gewigt dan de akte van superscriptie van een besloten uitersten wil: en nu zal redelijkerwijze eene formaliteit, die het meerdere niet behoeft, ook wel voor het mindere niet kunnen gevorderd worden. Bovendien, art. 987 zegt wel, dat de akte moet worden opgemaakt (*dressé*, *reçu*) door den notaris; maar het voegt er alleen bij, dat zij op het papier van den uitersten wil, of op dat van den omslag moet worden geschreven, zonder meer, zonder bepaling, door wien dit schrijven geschieden moet. Het is waar, art. 988 zegt, dat de notaris de akte schrijven zal, als de erflater niet kan spreken; maar indien men al niet wil aannemen, dat men hier op dat woord schrijven niet zoo zeer moet drukken, omdat het waarschijnlijk zonder het doel, om daarbij eene formaliteit van het gemeene regt afwijkende voor te schrijven, uit art. 979 *C. N.* is overgenomen: ook dan nog zou het gevaarlijk zijn, uit deze geheel bijzondere bepaling tot de algemeene te redeneren. Indien men het er dus al voor houden wil, dat de akte, in het geval van art. 988, door den notaris moet geschreven worden, dan houde men dit tevens voor eene uitzondering, waarvan de reden trouwens niet ver te zoeken zou zijn. In dat artikel wordt gesproken van iemand, die eigenlijk tot het maken van eenen besloten uitersten wil onbevoegd zou moeten zijn; doch aan wien de wet dit, onder zekere bepaalde voorwaarden, die zij aan anderen niet voorschrijft, echter heeft toegelaten: daarom moet hij b. v. den uitersten wil geheel schrijven en dagteekenen. Wat wonder dus, indien hier, tot meerderen waarborg, nog eene formaliteit werd bevolen, die de wet anders niet vordert.

7°. Aan den regter van het kanton, alwaar de erfenis is opengevallen, zegt art. 989. Maar wat, als de erflater, na zijnen uitersten wil te hebben gemaakt, elders is gaan wonen, en in zijne nieuwe woonplaats gestorven is? — Zijne erfenis is dan in diezelfde woonplaats opengevallen, art. 80, en deze kan zeer verre verwijderd zijn van de plaats, waar de notaris,

onder wiens minuten de uiterste wil berust, gevestigd is. Men zou dezen dan slechts kunnen belasten met de aanbieding aan den regter van het kanton zijner woonplaats, omdat 1°. eene verplaatsing van den notaris naar de woonplaats waar de erfenis is opengevallen, aan groote moeijelijkheid zou onderhevig zijn, en tevens groote onkosten veroorzaken; en 2°. de notaris buiten zijn ressort geen notaris is, en op straffe van schorsing, daarbuiten zijne bediening niet mag uitoefenen, ingevolge art. 3, 7 der wet van 9 Julij 1842, *Stbl.* n°. 20. — Er zou nog overblijven, dat hij den uitersten wil aan éénen zijner ambtgenooten op de plaats, waar de erfenis is opengevallen, toezond, ten einde deze de aanbieding bewerkstellige. Het is waar, ook deze verplaatsing der minute kan somtijds aan bezwaren onderhevig zijn; en zij is zelfs bij art. 41 der aang. wet in het algemeen verboden, maar het is den notaris, gelijk wij zoo even zagen, niet minder verboden, buiten zijne standplaats eenige ambtsverrigting uit te oefenen; en men zou dus welligt kunnen aannemen, dat hier op het verbod stilzwijgend eene uitzondering is aangenomen. Zie echter Schmolck, aang. *Diss.* 175—177. Het eenvoudigste middel echter om de moeijelijkheid op te lossen is misschien te vinden in art. 25 *R. O.*, wanneer de regter van het sterfhuis dien van het kanton, waarin de notaris woont, délégeert om voor hem het testament te ontvangen en te openen. — Zie meer Asser, *Regtspr.*, ad art. 989. Wanneer de erflater sterft in het buitenland, is de letterlijke voldoening aan dit voorschrift natuurlijk geheel onmogelijk, en zal dus de aanbieding wel moeten gedaan worden aan een anderen kantonregter. Men zal, in dit geval, het meest handelen in den geest van het artikel, door zich te wenden tot den regter van het kanton waar de overledene zijne laatste woonplaats in Nederland gehad heeft.

§ **568**. Dikwijls gebeurde het, dat iemand gestorven was, zonder dat men wist, of hij eenen uitersten wil had nagelaten; andere keeren wist men dit, doch kon men den notaris niet uitvinden, bij wien deze berustte. Aan deze en dergelijke moeijelijkheden te gemoet te komen, is het doel van dit artikel. Of hetzelfde ook moet plaats hebben in geval van afwezigheid, na de

verklaring van vermoedelijk overlijden, in welk geval de vermoedelijke erfgenamen en andere belanghebbenden de opening van den uitersten wil kunnen vorderen, volgens art. 528, kon vroeger zeer worden betwijfeld. Wel bestond hier dezelfde reden, en was het dus te wenschen, dat de notarissen in die gevallen de bedoelde kennisgeving niet verzuimden; maar men mogt het betwijfelen, of tegen den notaris, die dit naliet, wel eene regtsvordering tot vergoeding van schade zou kunnen gegeven worden, ingevolge art. 1401 en 1402, zoo lang ons artikel alleen sprak van den dood des erflaters, en dezelfde verpligting aan den notaris nergens voorgeschreven werd voor het geval van afwezigheid. — Intusschen is later door art. 39 der wet op het notaris-ambt, van 9 Julij 1842, *Stbl.* n°. 20, aan allen twijfel een einde gemaakt, omdat daarbij aan den notaris uitdrukkelijk dezelfde verpligting is opgelegd voor het geval van afwezigverklaring. Bij ditzelfde artikel is die verpligting van den notaris ook uitgestrekt tot akten van herroeping van uitersten wil en huwelijks-contracten, die schenkingen ter zake des doods behelzen.

Belanghebbende personen. Deze zijn zoowel de erfgenamen *ab intestato* als de bij den uitersten wil benoemde erfgenamen, legatarissen, uitvoerders enz.

§ **569.** De wet geeft hier op de bijzondere vereischten voor getuigen bij de testamentaire akten, onverminderd de vereischten, die de wet op het notaris-ambt in art. 24 in het algemeen vordert voor de getuigen bij alle notariële akten, die zij natuurlijk daarenboven bezitten moeten.

3°. Zij behoeven geene burgers te zijn, die het genot hebben der staatkundige regten, zoo als in art. 980 *C. N.* gevorderd werd. Genoeg is het, als zij ingezetenen, dat is, als zij binnen het rijk gevestigd zijn of hunne woonplaats hebben, zoo als het in art. 20 en 131 heet; doch voor zoodanigen schijnen alleen te kunnen gehouden worden zij, die verkeeren in één der gevallen van art. 8. Zie meer bij SCHMOLCK, aang. *Diss.*, 148—153 *a*).

---

a) Verstaat men hier onder het zijn van ingezetene hetzelfde als in art. 20 onder het hebben van woonplaats, dan schijnt het mij niet noodig dat men

§ **570.** 3°. Art. 975 *C. N.* liet ook de klerken van den notaris, die den uitersten wil verleed, niet toe. Men heeft dit verbod uit het tegenwoordig artikel weggelaten, op grond, dat die klerken meestal zijn jonge lieden van fatsoenlijken huize, die eene goede opvoeding genoten hebben, en die tot eene eervolle betrekking worden opgeleid. Zij hebben er dus het meeste belang bij, om zich eenen goeden naam te verwerven, en er bestond geene reden om hen te verdenken. Zij mogen dus thans getuigen zijn bij den uitersten wil door hunnen patroon verleden. De eenige moeijelijkheid, die daarover vroeger bestaan kon onder de Fransche wet over het notariaat, die bij art. 10 de klerken van den notaris in het algemeen onbekwaam verklaarde, om te dienen als getuigen bij de akten voor hunnen patroon verleden, is vervallen sedert art. 24 van onze tegenwoordige wet op het notaris-ambt van 9 Junij 1842, *Stbl.* n°. 20, dit verbod geheel heeft opgeheven. De beraadslaging over dit artikel gehouden, waarvan wij zoo even de korte slotsom vermeld hebben, laat dan ook hieromtrent geenen twijfel over. Hetzelfde art. 975 *C. N.* sprak daarentegen niet van de dienstboden van den notaris; het verbod werd desniettemin ook door sommigen, voornamelijk op grond van art. 10 der wet op het notariaat, op hen toegepast. Zie b. v. TOULLIER, V, 402; *Regtsk. Tijdschr. voor het Notaris-ambt*, IV, 3, 1—5. — Doch ook deze vraag is bij ons beslist.

4°. Bij eene vroegere redactie werd het verbod ook uitgestrekt tot hen, die ter zake van diefstal of opligting zijn veroordeeld. De voorname bedenkingen, die dit verbod weder hebben doen wegvallen, waren: 1°. dat het hard en onbillijk zou zijn, iemand, die in zijne vroege jeugd eene geringe correctionnele straf van eenige weinige dagen gevangenis had doorgestaan, aan welke de wet voor het overige geene onbekwaamheid hoegenaamd verbindt, zijn leven lang van dit regt uit te sluiten; 2°. dat de correctionnele regtsgedingen gewoonlijk slechts zeer weinig openbaarheid

---

voldoe aan een der vereischten van art. 8, maar acht ik het voldoende, dat men overeenkomstig art. 74, zijn hoofdverblijf in het rijk hebbe. Zie OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p, ad art. 991 § 1 en DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 270 en 271, volgens wien men ingezeten moet zijn volgens art. 8 der wet van 28 Julij 1850 (*Stbl.* n°. 44).

verkrijgen, en dat zoowel de notaris als de erflater daarvan in de meeste gevallen onkundig kan zijn, zoodat het zeer gewaagd was van deze omstandigheid de geldigheid of de nietigheid van eenen uitersten wil te doen afhangen. *Regtsg. Bijdr.*, IX, 209, 210. — Intusschen kunnen diezelfde personen, indien zij in regten worden geroepen, om getuigenis over geschillen omtrent dien uitersten wil af te leggen, volgens art. 1950, worden gewraakt; oppervlakkig beschouwd, zou men in de bepalingen dezer twee artikelen eenen tweestrijd meenen te vinden. Men merke echter op, dat de correctionneel-veroordeelden niet onbekwaam zijn om getuigenis af te leggen, zij mogen dus worden opgeroepen. De wederpartij heeft alleen het regt, om hen te wraken. Dit belet echter niet, dat de uiterste wil van waarde blijft, en geenszins nietig kan worden verklaard, uit hoofde van onbevoegdheid dier getuigen. Iets anders is bovendien het getuigenis geven in regten en het als getuige tegenwoordig zijn bij het verlijden eener akte. Men kan zeer wel tot het ééne bevoegd, en tot het andere onbevoegd zijn *a*).

§ **571**. Er wordt eene authentieke akte vereischt, omdat men bevreesd was, dat anders de bepalingen onzer wet over olographische uiterste willen gemakkelijk zouden kunnen worden ontdoken door hem, die zich b. v. voor eenen korten tijd in Frankrijk of in België ging ophouden. De formaliteiten, in het vreemde land gebruikelijk, moeten worden in acht genomen, volgens den regel: *locus regit actum*, waarover zie boven, *ad* art. 10 Alg. Bep. — Daarvan wordt alleen in zoo verre hier afgeweken, dat een olographische uiterste wil, in het buitenland naar de vormen van dat land opgemaakt, bij ons geenerlei kracht zal hebben.

§ **572**. De formaliteiten, bij deze uiterste willen in acht te nemen, zijn veel minder dan die in de gewone gevallen voorgeschreven; men kan zelfs in deze drie gevallen beschikken bij een onderhandsch stuk, mits dit geheel door de hand des

a) Na de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht zal veroordeeling tot straf geen beletsel meer opleveren tegen het optreden als getuige bij een uitersten wil, art. 11 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93). Vgl. de toelichting op art. 12 van het betrekkelijk wetsontwerp (zitting 1882—1883, **152**, n°. 5).

erflaters zij geschreven, gedagteekend en onderteekend, art. 998. Zie verder over deze uiterste willen VAN DER GRONDEN, aang. *Diss.*, 76—86.

§ **573**. Die nietigheid, hoe absoluut ook, bestaat natuurlijk niet *ipso jure*, maar moet bij regterlijk vonnis worden uitgesproken, hoezeer zij dan ook even zoo goed *excipiendo* als *agendo* kan worden gevraagd. Dat kan echter alleen geschieden door de erfgenamen *ab intestato*, of door hen die bij een vroeger testament geroepen zijn; maar door niemand anders, bepaaldelijk niet door de schuldeischers der nalatenschap, die daarbij geen belang hebben, als de erfgenamen *ab intestato* verkiezen stil te zitten. — Zie voorts over de vraag, wat hier met formaliteiten bedoeld wordt, boven *ad* § 566.

Erfstelling.

§ **574**. Zie boven, *ad* § 514; en ten betooge dat de uiterste wil ook zonder erfstelling bestaanbaar is, boven *ad* § 539.

Hetzij voor een gedeelte. Als de helft of een vierde van al de goederen. Maar wanneer aan iemand gelaten worden al de roerende of al de onroerende, of wel het vruchtgebruik van alle of van een gedeelte der goederen, zijn dit allen legaten. Art. 1004.

§ **575**. De legatarissen daarentegen verkrijgen wel van het oogenblik van het overlijden een regt om de gelegateerde zaak te vorderen; maar zij moeten altijd, voordat zij zich in het bezit daarvan kunnen stellen, de afgifte vragen aan de erfgenamen. Art. 1005, 1006. Zie voorts over de verschillen tusschen erfgenamen en legatarissen, SCHMOLCK, aang. *Diss.* 165—167.

Legaten.

§ **576**. De erflater geeft; de erfgenaam betaalt: *legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda*, § 1 *I. de leg.* — Het legaat is altijd *titulo particulari*, en verschilt hierin van de erfstelling, die *titulo universali* geschiedt.

§ **577**. De legataris verkrijgt dus slechts een *jus ad rem* en

geen *jus in re;* en ook hierin verschilt hij van den erfgenaam, die van zelven eigenaar wordt van de nalatenschap, en dit zijn regt tegen iederen bezitter kan doen gelden, artt. 880, 881, 882, 1002. De legataris heeft slechts eene persoonlijke regtsvordering tot afgifte van het legaat tegen den erfgenaam, die zich daartoe, door het aanvaarden der erfenis, stilzwijgend verbonden heeft, *quasi ex contractu*, *aditione hereditatis*, overeenkomstig de leer van het Romeinsche regt. § 5 *I. de obl. qu. quas. ex contr.*, *l.* 5; § 2 *D. de O. et A.* En wanneer dus PAPINIANUS, in *l.* 80 *D. de leg.* II, zegt, dat het *dominium recta via* na den dood van den erflater op den legataris overgaat, dan schijnt men dit zóó te moeten verstaan, dat het legaat, eenmaal afgegeven zijnde, geacht wordt altijd de eigendom van den legataris en nooit die van den erfgenaam geweest te zijn: *legatum enim est donatio ab herede* PRAESTANDA, en het blijkt nergens uit, dat aan den legataris eene andere actie gegeven wordt dan de persone le tegen den erfgenaam. *L.* 1, § 1 *D. quod leg.*, VINNIUS en A. COSTA, *ad* § 5 *I.*, enz. Volgens het Fransche regt verkreeg de legataris, na den dood van den erflater, wel den eigendom (*un droit à la chose*), maar niet het bezit, waarin hij zich altijd moest doen stellen door de erfgenamen of door de universele legatarissen. Art. 1014 *C. N.;* TOULLIER, V, 520. — Uit dit alles volgt reeds, dat de leer van een arrest van den hoogen raad van 19 April 1861, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXV, 160—173, die zeer ernstig wordt bestreden in *Themis*, 1861, bl. 363—368, dat de legataris eigenaar wordt uit de enkele kracht van het testament, en mitsdien geene actie tot levering of afgifte tegen de erfgenamen heeft, niet vrij van bedenking is. De leer van het arrest berust hoofdzakelijk op dezen grond, dat, onder de testamentaire erfopvolging, die volgens de artt. 639 en 666, behoort tot de middelen van eigendomsverkrijging, ook het legaat begrepen is. Tot zekere hoogte mag dit waar zijn, maar niet minder waar is het, dat art. 1006 zeer duidelijk zegt dat de legataris de afgifte moet vragen aan de erfgenamen, wat moeijelijk iets anders kan beteekenen, dan dat hij eene actie tot levering moet instellen, en wat ook niet noodig

zou zijn, indien hij reeds van regtswege door het testament eigenaar was geworden *a*).

§ **578**. I. 2°. *b*).

3°. Dit is alzoo eene uitzondering van den algemeenen regel van art. 1286, dat de wettelijke interessen eerst verschuldigd zijn van den dag, dat zij in regten gevraagd zijn. De legataris kan die vorderen van den dag van het overlijden. In de toepassing kan dit zeker zeer hard zijn, omdat het maar zeldzaam afhangt van den erfgenaam, de legaten dadelijk na den dood van den erflater uit te keeren of de daartoe bestemde gelden te beleggen, zoodat hij somtijds interessen zal moeten betalen, die hij zelf niet genoten heeft; maar de wet is te duidelijk, om eenige onderscheiding toe te laten. Het artikel is voor het overige eene zeer strenge toepassing van den regel van *l.* 39 § 1 *D. de leg. I: fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit.* De legataris, die van den dag van het overlijden regt heeft op het legaat, moet gebragt worden in den toestand, alsof hij werkelijk ook op dien dag in het bezit daarvan gesteld ware. In dien zin zegt ook NERATIUS, in *l.* 64 *D. de furt.: ea quae legantur, recta via ab eo, qui legavit ad eum cui legata sunt, transeunt.* Deze wet toch beteekent niet, dat de legataris, even als de erfgenaam, van regtswege in het bezit treedt van het legaat door het overlijden; maar integendeel, dat hij van dien dag daarop r e g t krijgt. Dit blijkt duidelijk, indien men haar beschouwt in ver-

---

a) Bij zijne vroeger gehuldigde leer volhardde de hooge raad bij arrest van 4 Maart 1881, *W.* n°. 4622, door te beslissen dat bij zuivere en onvoorwaardelijke legaten, het eigendomsregt van den legataris op de gelegateerde zaak onmiddellijk na het overlijden van den erflater ontstaat, en dat de actie van art. 1006 alleen strekt om hem, die reeds eigenaar is, feitelijk in het bezit van zijn eigen zaak te doen stellen. Zie verder over deze zeer betwiste en betwistbare regtsvraag, de jurisprudentie en de literatuur vermeld bij ASSER, *Regtspr.*, ad art. 639 en 1005, sub n°s. 3 en 1, en het tweede supplement van dit werk, ad art. 1005, sub n°. 1.

b) Onder de vruchten en interessen hebben wij dan te verstaan de vervallen termijnen van de lijfrente, het jaar-, maand- of weekgeld, niet de renten daarvan. De bepaling strekt dus om den legataris het regt toe te kennen op de termijnen die vervallen zijn sedert den dag van het overlijden, onverschillig op welk tijdstip hij ze opgeeischt heeft.

band met de definitie der § 1 *I. de leg.*, waarover zie boven *ad* § 577. Verg. VINNIUS, *ad l.* § *I.*, n°. 4. Voor de onderscheiding door sommigen gemaakt, b. v. bij VAN DER HOEVEN en DE VRIES, *Regtsg. Opst.*, 1—5, en bij de aldaar aang. schrijvers, dat de interessen slechts zouden verschuldigd zijn, voor zoo verre de gelegateerde gelden, b. v. als die in effecten bestaan, werkelijk interessen hebben voortgebragt, bestaat volstrekt geen grond in de wet, die algemeen is, en daarenboven in volkomen overeenstemming met de bekende Romeinsche regtsbeginselen op dit onderwerp. Zie meer *Regtsg. Adv.*, II, 90, 91; *Opm. en Meded.*, VI, 66—71, enz.

§ **579.** Het is billijk dat de legataris, die alleen de voordeelen van het legaat trekt, ook de lasten daarvan drage. De erflater kan hem echter daarvan ontheffen door te bepalen, dat de belasting uit zijnen boedel zal betaald worden, iets wat in de praktijk zeer gebruikelijk is *a*).

§ **580.** De legataris neemt de zaak, zoo als zij is op het oogenblik van het afsterven van den erflater (art. 1010). Is zij dus met een vruchtgebruik belast, dan krijgt hij den blooten eigendom; is het een onroerend goed, bij hypotheek verbonden, dan neemt hij dat goed over met den daarop rustenden last, en de erfgenaam is niet genoodzaakt, het daarvan te ontheffen. Dit alleen beteekent art. 1012, en niet dat de legataris verpligt is die schuld te betalen. Deze is integendeel nimmer voor de schulden der nalatenschap aansprakelijk (art. 1151); en is hij, uit hoofde van de hypotheek, genoodzaakt geworden om de schuld te voldoen (art. 1151, 1152), dan treedt hij van regtswege in de regten van den schuldeischer, en heeft hij daarvoor zijn verhaal op de erfgenamen, art. 1152. TOULLIER, V, 537, 538; DELV., IV, 340, 341.

§ **581.** Volgens het Romeinsche regt was ook een legaat van eens anders zaak geldig, en moest de erfgenaam die koopen, of, indien de eigenaar daarin niet wilde toestemmen, er de waarde

---

a) De kosten aan de uitkeering van het legaat verbonden, komen echter ten laste van den erfgenaam, art. 1431.

van uitkeeren. § 4 *I. de leg.*, *l.* 39, § 7, *l.* 71, § 3 *D. de leg.* I. — Bij ons zijn zulke legaten nietig, omdat niemand verder kan beschikken dan over zijne eigen zaken; dit belet echter niet, dat een legaat van eene onbepaalde zaak, doch van eene zekere soort (*legatum generis*), geoorloofd is. Volgens de algemeene regelen voor *alternatieve* verbindtenissen, staat alsdan de keus aan den erfgenaam (art. 1309); deze kan niet genoodzaakt worden de beste te geven, maar hij kan ook niet met de slechtste volstaan *a*). — De erflater kan zelfs niet beschikken over de goederen van zijnen erfgenaam; maar wel kan hij aan dezen, als eene voorwaarde aan zijne gunst verbonden, de verpligting opleggen, dat hij aan eenen derde eene zekere aan hem, erfgenaam, toebehoorende zaak zal uitkeeren, of eene schuld kwijtschelden, art. 1014. Alles komt dus hier aan op de woorden. door den erflater gebezigd. Heeft deze gezegd: ik legateer aan A het paard van B, mijnen erfgenaam, dan is deze beschikking nietig, omdat de erflater over het goed van een ander beschikt heeft; maar heeft hij gezegd: ik benoem B tot mijnen erfgenaam, mits hij aan A zijn paard schenke, dan is het eene voorwaarde, die door B vervuld moet worden, zoo hij aanspraak wil maken op de nalatenschap. — Zie voorts over het *legatum rei alienae*, *Themis* 1862, bl. 544—560.

§ **582.** De giften onder de levenden worden ingekort naar de volgorde van den tijd, waarop zij gedaan zijn, te beginnen met de laatste; want, wanneer het blijkt, dat door deze enkele inkorting de boedel toereikende is om de schuldeischers en legatarissen te voldoen, dan blijkt het tevens, dat de schenker over alle vroegere giften heeft mogen beschikken. Anders is het met de legaten, die allen op hetzelfde tijdstip, op dat van den dood, beginnen te werken, en verschuldigd worden (art. 1005). De

---

a) Art. 1309 acht ik hier niet van toepassing. Daar wordt het geval geregeld dat van meerdere bepaalde zaken één verschuldigd is; hier het geval dat eene onbepaalde zaak van een zeker geslacht, b. v. een paard, verschuldigd is. Art. 1016 bevat dan ook niets anders dan de toepassing van den algemeenen regel van art. 1428, op het hier behandelde geval.

legatarissen hebben dus allen gelijk regt, en er zoù geene reden zijn, om den éénen boven den anderen te bevoordeelen *a*).

Niet voor het geheel of een gedeelte *b*).

Erfstellingen over de hand.

§ **583.** De fideï-commissaire substitutiën, dat zijn die beschikkingen, waarbij men hem, wien men eene gift doet, de verpligting oplegt, om de gegeven zaak aan eenen derde uit te keeren, dien men daarmede in de tweede plaats begiftigt, zijn sedert lang door de nieuwere wetgevers met een zeer ongunstig oog aangezien. Men heeft die beschouwd als een middel, om enkele personen, ten koste van geheele familiën, en strijdig met de algemeene belangen der maatschappij, te verrijken, als eene ruime bron van regtsgedingen; als eene instelling hoogst nadeelig voor den landbouw en voor de nijverheid, omdat de belangen der oogenblikkelijke bezitters, uit krachte van hunnen fiduciairen titel, als van zelven medebragten, dat zij er zich alleen op toelegden, om van die goederen te genieten zoo veel zij maar konden, zonder zich over de toekomst te bekommeren, zonder die in eenen goeden staat van onderhoud te houden, veel minder te verbeteren of te verfraaijen. Die goederen waren onvervreemdbaar, zij hadden geenen vasten eigenaar, en zij bleven buiten den handel. Hij, die ze bezat, kon de buitensporigste verteringen doen, zich aan de schandelijkste uitspattingen overgeven: zijne schuldeischers konden hunne regten op die goederen niet verhalen, want zij waren onvervreemdbaar. Men vermeende voor den eigenaar genoeg gedaan te hebben, als men hem gedurende zijn leven, en

a) De Schr. der *Handl.* schijnt hier eene vergissing te hebben begaan. Inkorting van de giften onder de levenden ten behoeve van de legatarissen heeft nooit plaats, en de schuldeischers kunnen alleen in het geval voorzien bij art 1377, de nietigverklaring van zoodanige giften vorderen. Vermindering van die giften kan bovendien plaats hebben ter verzekering van de legitieme portie, art. 971.

b) De wetgever heeft zich onjuist uitgedrukt. Bedoeld is het geval dat de nalatenschap niet of slechts voor een gedeelte is aanvaard. In zoodanig geval, evenals wanneer zij is aanvaard onder voorregt van boedelbeschrijving, is niemand verpligt uit eigen middelen de legaten te betalen, die niet uit de nagelaten goederen kunnen worden voldaan. In dat geval moeten dus de legaten in gelijke mate worden verminderd.

nog na zijnen dood, de vrije beschikking over zijne goederen waarborgde. Maar men achtte het strijdig met alle beginselen van regt en billijkheid, hem de bevoegdheid te geven, om eigenmagtig aan het verre nageslacht voor te schrijven, wat het met zijne goederen doen moest, de algemeene wet uit te sluiten, en daarvoor zijnen wil in de plaats te stellen: hij moet niet bevelen voor eenen tijd, waarvan hij de omstandigheden, waarin zijne nakomelingen verkeeren zullen, hunne belangen, hunne behoeften, niet vooraf kan berekenen. Ziedaar de voorname redenen, die deze beschikkingen ook bij ons, op straffe van nietigheid, hebben doen verbieden. Zie voorts LOCRÉ, V, 210—213, 312, 313; TOULLIER, V, 20; ROLLAND DE VILLARGUES, *Tr. des subst. prohibées par le. C. C.*, n°. 16—19. Deze treft niet alleen de eigenlijke substitutie, maar zij strekt zich zelfs uit tot den benoemden erfgenaam of legataris, zoodat de geheele beschikking nietig is, omdat men vreesde, dat het verbod anders altijd zou worden ontdoken, terwijl de substitutie zou worden gehandhaafd door den erfgenaam of legataris, indien men niet de geheele beschikking vernietigde. Dit alleen, en niet zoo als REHBERG, 207, 208, beweert, de blinde haat tegen den adel en tegen de voorregten van aanzienlijke familiën, is de reden van deze afwijking van het gemeene regt, dat alleen de met de wet strijdige voorwaarde in eene uiterste wilsbeschikking voor niet geschreven houdt, art. 935. Zie b. v. ROLLAND DE VILLARGUES, 21. *a*).

---

a) Die reden destijds door de Regering gegeven (VOORDUIN, IV, bl. 56) is niet zeer krachtig, daar toch, gelijk de Schr. der *Handl.* teregt hieronder opmerkt, tot het wezen van de fideï-commissaire substitutie behoort de last tot uitkeering aan een derde, en de wetgever dus reeds zijn doel zou bereikt hebben, door alleen dien last nietig te verklaren. Door DIEPHUIS, *N. B R.*, t. a p., bl. 306 en 307 wordt eene andere reden aangevoerd voor de nietigverklaring der geheele beschikking, maar ook deze acht ik niet afdoende. Schr. wijst er op, dat door instandhouding van de erfstelling met nietigverklaring alleen van de making over de hand, degene die in de tweede plaats geroepen is, van alles verstoken zou zijn en de ander, wien de erflater het goed alleen tijdelijk en gedurende zijn leven heeft toegedacht, het voor goed verkrijgen zou, met het regt van vrije beschikking. Dit is volkomen waar, en ook geef ik dien Schr. geheel toe, dat men zoodoende de beschikking zou laten werken in strijd met haren inhoud en anders dan de beschikker heeft bedoeld. Maar ik betwijfel of dit een reden mogt zijn de geheele beschikking

Het blijkt uit dit alles, dat de nietigheid daarenboven is van openbare orde; zij is dan ook zoo absoluut, dat zij door geene stilzwijgende of zelfs uitdrukkelijke bekrachtiging van de partijen kan worden gedekt. Zie *Regtsg. Adv.*, I, 62—64 *b*).

Zeer moeijelijk is het dikwijls te onderscheiden, welke beschikkingen al dan niet in de termen van dit art. 926 vallen; iedere beschikking bijna kan tot nieuwe vragen aanleiding geven, en het spreekt dus van zelf, dat hier zeer veel aan de beslissing van den regter moet worden overgelaten. — Wij kunnen dan ook niet in al deze bijzonderheden treden, maar moeten ons eenvoudig tot eenige weinige algemeene regels bepalen. Hem, die zich dit belangrijk onderwerp meer bijzonder eigen verlangt te maken, zij vooral het aangehaalde werk van ROLLAND DE VILLARGUES aanbevolen. Een eerste regel, dien men dáár, waar het substitutiën geldt, nimmer uit het oog moet verliezen, is deze: het veelvuldig gebruik dezer beschikkingen in het oude, vooral in het Romeinsche regt, en de buitengewone gunst, die zij juist daarom zich van den wetgever hadden verworven, had ten gevolge gehad, dat men haar al zeer ligt als aanwezig beschouwde, en dat men zelfs, bij enkele vooronderstelling en redenering, tot dat aanwezen besloot (zie b. v. *l.* 64 *D. de leg.* II). Men hield het er voor, dat, indien de bedoeling des erflaters niet met zekerheid uit zijne woorden kon worden opgemaakt, hij een fideïcommis had willen vestigen. Maar nu ligt het in den aard der zaak, dat juist diezelfde reden, die bij de Romeinen, in twijfelachtige gevallen, voor de substitutie deed beslissen, bij ons er tegen moet doen besluiten. Immers, indien de bewoordingen van den erflater duister zijn, moet men onderzoeken, welke zijne

nietig te verklaren. Immers hij die in de tweede plaats geroepen is, blijft daardoor evenzeer verstoken van alles. Het eenige verschil bestaat daarin dat, terwijl in dat geval het goed vervalt aan een derde, wien de erflater het geheel heeft willen onthouden, bij instandhouding van het legaat of de erfstelling, het vervalt aan iemand wien de erflater het niet geheel heeft willen onthouden, immers gedurende zijn leven heeft willen toekennen. Het laatste, als minder in strijd met de bedoeling des erflaters, had daarom m. i. de voorkeur verdiend.

b) Zie echter vonnis der arrondissements-regtbank te Tiel van 24 Maart 1876, *W.* n°. 4006.

waarschijnlijke bedoeling geweest zij, art. 933; *l.* 44 *D. de reb. dub.*, *l.* 96 *D. de R. J.* — en nu is het zeker nimmer te vooronderstellen, dat de erflater eene beschikking hebbe willen maken, die geheel nietig is; maar moet men integendeel, als zijne woorden voor twee uitleggingen vatbaar zijn, diegene kiezen, naar welke zijne beschikking eenige uitwerking kan hebben, art. 934; *l.* 135 *D. de R. J.* Zoolang dus de substitutie niet noodzakelijk uit den uitersten wil volgt, zoo lang aan de woorden nog eene andere beteekenis kan worden gegeven, mag men daartoe niet besluiten. Zie ROLLAND DE VILLARGUES, 124—127; TOULLIER, V, 44, 47; DELV., IV, 384; *Regtskundig Tijdschr. voor het Notaris-ambt*, III, 1, bl. 63, 64. En men moet dit te meer in het oog houden, omdat niet iedere substitutie, ook niet iedere fideï-commissaire substitutie, verboden is. In de bepaling, die in art. 926 zelf dadelijk op het verbod volgt, vindt men de kenmerken van hetgeen de wet heeft willen verbieden. De benoemde erfgenaam of legataris moet zijn belast om de erfenis of het legaat te bewaren en aan een derde, voor het geheel of voor een gedeelte, uit te keeren. Die last dus, om uit te keeren (*la charge de conserver et de rendre*), die invoering, als het ware, van eene erfopvolging (*ordre successif*), is het ware *criterium* van de verboden substitutie, waaraan men iedere beschikking toetsen moet. ROLLAND DE VILLARGUES, 44; TOULLIER, V, 21, 24, 50 *a*). En hieruit volgt al dadelijk: 1°. dat een bloot verzoek aan den erfgenaam, om de nalatenschap te bewaren en aan een ander uit te keeren, geene nietigheid te weeg brengt, maar alleen moet beschouwd worden als een *nudum praeceptum*, dat in regten geene gevolgen heeft. Naar het Romeinsche regt mogt zulk een verzoek als een fideïcommis gelden (§ 3 *I. de sing. reb. per fideic.*); de reden daarvan was alleen, omdat men het er niet ligt voor houden moet, dat de erflater in zijnen uitersten wil overtollige woorden gebezigd

---

a) Bij arrest van 19 Mei 1882, *W.* n°. 4784, beslistte de hooge raad, dat voor het bestaan van eene bij art. 926 verboden beschikking wordt vereischt dat de erflater twee malen over dezelfde zaak beschikt heeft, en wel zoo dat het regt van den tweeden verkrijger aanvangt, nadat het regt van den eersten zal zijn afgeloopen.

heeft, zoo lang zij eenige beteekenis en eenig gevolg kunnen hebben; bij ons gaat, gelijk wij gezien hebben, die vooronderstelling niet door. — Uit diezelfde bepaling volgt nog: 2°. dat, als de erfgenaam gelast wordt de nalatenschap dadelijk aan een ander uit te keeren, er geene substitutie bestaat. Hij heeft alsdan niets te bewaren, en hij is alleen het werktuig, door welks tusschenkomst de erfenis tot den waren erfgenaam moet komen *a*). — Maar niet iedere last om te bewaren en uit te keeren stelt eene verboden substitutie daar. Het is toch alleen de onvervreemdbaarheid der goederen, en het stellen daarvan buiten den handel voor eenen langen tijd, dat de wet heeft willen beletten: het invoeren eener bijzondere erfopvolging, die zij heeft willen verbieden. Het ligt dus buiten twijfel in hare bedoeling, dat eerst dan, wanneer de benoemde erfgenaam gelast wordt de erfenis, zijn leven lang gedurende, te bewaren, om haar bij zijnen dood uit te keeren, eene verboden substitutie bestaat. Dit blijkt vooral duidelijk uit de uitzonderingen op het algemeen verbod, waarvan gewag gemaakt wordt in art. 928 en 1020: het eerste spreekt uitdrukkelijk van hetgeen de erfgenaam of legataris bij zijn overlijden zal nalaten; het tweede geeft aan ouders het regt, om het beschikbaar gedeelte hunner goederen aan hunne kinderen te laten, met last om dit uit te keeren aan al hunne kinderen, die geboren zijn of die nog geboren zullen worden; wie deze laatsten zijn, kan alleen op het tijdstip van den dood blijken. De beschikking dus: »ik laat aan A mijne buitenplaats, om die over tien jaren aan B uit te keeren," of die: »ik benoem A tot mijnen erfgenaam, met last om mijne erfenis aan B op het tijdstip van diens dood uit te keeren," zijn niet ongeoorloofd. De eerste is een legaat met eene zekere, de tweede eene erfstelling met eene onzekere tijdsbepaling, *quorum dies cedit*, *sed non venit.* In beide gevallen heeft B, van het oogenblik van het overlijden, een verkregen regt op het legaat of op de nalatenschap. Rolland de Villargues, 54—59,

---

a) Vgl. een arrest van den hoogen raad van 13 Mei 1881, *W.* n°. 4639.

62—79; TOULLIER, 31, 32 *a*). Eindelijk moet men de substitutie niet verwarren met een voorwaardelijk legaat, b. v.: »ik geef aan A mijne buitenplaats, mits hij, als hij trouwt, haar aan B geve." DELV., IV, 392—394.

Het is echter ook niet noodig, dat de woorden: bewaren en uitkeeren uitdrukkelijk in den uitersten wil voorkomen. Genoeg is het, als de aard der beschikking dit duidelijk medebrengt. Anders toch zou niets gemakkelijker zijn, dan om, door het bezigen van andere woorden, het verbod der wet altijd te ontduiken. Zoo is het b. v. eene verboden substitutie: »ik benoem A tot mijnen erfgenaam, met last om mijne nalatenschap uit te keeren aan al zijne kinderen of nakomelingen." Want nu is de erfgenaam, ter nakoming van deze beschikking, wel genoodzaakt, de nalatenschap zijn geheele leven te bewaren, omdat het eerst na zijnen dood zeker is, wie zijne kinderen of nakomelingen zijn. TOULLIER, V, 50. Zie *Regtsk. Tijdschr. voor het Notaris-ambt*, III, 1, 63—72.

Bij de invoering der Fransche wetten hier te lande moesten natuurlijk de veelvuldige toen bestaande fideï-commissen groote moeijelijkheden te weeg brengen. Hiertegen is wel, zoo veel mogelijk, voorzien door art. 155 van het decreet van den 4[den] Julij 1811 voor de Hanze-departementen, en exécutoir verklaard voor Holland bij art. 1 van dat van den 24[sten] Januarij 1812, door de bepaling, dat wel de substitutiën van toen af hare kracht zouden verliezen, maar dat echter diegenen, die waren ingesteld vóór de invoering van den *Code*, nog zouden blijven bestaan ten voordeele van den eerstgeroepene, op dat tijdstip reeds geboren; buiten dat geval zou de bezwaarde erfgenaam onherroepelijk eigenaar blijven. Zie dit decreet in het *Bulletin des lois*, n°. 7113. Intusschen zijn over de beteekenis van dit artikel zelf dikwijls geschillen gerezen. Zie b. v. eenige arresten van het hoog geregtshof te 's Gravenhage, te vinden bij VAN HAMELSVELD, *Gewijsden* (1814), I, 84, 225, 379; II, 227; III, 304;

---

a) Deze leer wordt bestreden door DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 309—311. Anders ook beslistte de hooge raad bij arrest van 23 April 1875, *W.* n°. 3845.

IV, 46; (1823) IV, 71; V, 78, 157; VI, 1, 141; en in het *Regtsk. Tijdschr. voor het Notaris-ambt*, III, 3, 223—226 *a*). Zie verder over de *transitoire* vragen, waartoe de oude fideïcommissen kunnen aanleiding geven, MEIJER, *Quest. trans.*, 132—148, en A. A. DE PINTO, *suppl.* tot de tweede uitgave van dit werk, 157—161. Het boven aangehaald decreet van 24 Januarij 1812 is ook voor het vervolg nog van toepassing verklaard bij art. 50 van de *transitoire* wet, in dat gedeelte van het rijk waar hetzelve was executoir verklaard.

§ **584.** 1°. *Substitutio vulgaris, quando quis in testamento suo plures gradus heredum facit: ut puta, si ille heres non erit, ille heres esto. Pr. I. de vulg. subst.* — Deze is ten allen tijde geoorloofd geweest; de eerstgeroepene, die niets verkrijgt, behoeft niets te bewaren. De nalatenschap gaat dadelijk over op den tweeden erfgenaam, als de eerste haar, om welke reden ook, niet geniet; hetzij deze vóór den erflater gestorven zij, hetzij hij de nalatenschap verwerpe, of onwaardig zij om haar te aanvaarden.

2°. Als de erflater het vruchtgebruik van een zeker goed aan A, en den eigendom daarvan aan B laat, dan maakt hij twee legaten van twee verschillende zaken *b*). De vruchtgebruiker heeft niets te bewaren en niets uit te keeren; hij geniet alleen de vruchten gedurende zijn leven, die na zijnen dood tot den eigenaar van het goed terugkeeren (artt. 808, 854). Hij daarentegen aan wien de bloote eigendom gelegateerd is, wordt dadelijk en onherroepelijk eigenaar, hij kan het goed vervreemden en wegschenken. De beschikking zelfs, waarbij het vruchtgebruik aan verschillende personen gemaakt wordt, ten einde daarvan, bij opvolging, de één na den ander het genot te hebben, is, volgens art. 805, geoorloofd. Ook dan heeft de vruchtgebruiker niets uit te keeren; zijn regt was een zuiver persoonlijk regt, dat met zijnen dood van zelf ophield, art. 854. De erfgenaam aan wien de bloote eigendom gemaakt is, kan evenmin als bezwaarde, met

---

a) De jurisprudentie en de litteratuur over de beteekenis van dit artikel zijn vermeld bij ASSER, *Regtspr.*, ad art. 926, sub n°: 2, en het 2e suppl, t. a. p.

b) Zie het arrest van den hoogen raad van 19 Mei 1882, hierboven vermeld onder § 583.

de verpligting van bewaring en uitkeering belast, worden beschouwd, omdat hij 1°. niet belast is met de bewaring en de uitkeering van een vruchtgebruik, dat hij nooit gehad heeft, en 2°. in allen gevalle die uitkeering niet geschiedt na zijnen dood, maar na dien van den vruchtgebruiker. Anders echter zou het zijn, indien het vruchtgebruik gelaten was aan eene oneindige reeks van personen, omdat vruchtgebruik en eigendom niet altijd van elkander kunnen gescheiden zijn: *ne in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu*, § 1 *I.; l.* 3, § 2 *D. de usufr.;* ROLLAND DE VILLARGUES, 270—291 *a*).

§ **585.** 2°. De tweede erfgenaam verkrijgt alleen hetgeen de eerste onvervreemd en onverteerd zal overlaten. Dat vrije vermogen, om te vervreemden en te verteren, sluit alle verpligting om te bewaren uit. Er was dus geene reden, om deze zoogenaamde *fideicommissa de residuo* of *de eo quod supererit* te verbieden. De *C. N.* had daarover het stilzwijgen bewaard; maar men was het ook toen reeds over hunne geoorloofdheid vrij algemeen eens, ROLLAND DE VILLARGUES, 264—267; TOULLIER, V, 38; DELV., 388. Zie ook een arrest van het hoog geregtshof te 's Gravenhage van 25 Julij 1823, bij VAN HAMELSVELD (1826), I, 41—55. Eene andere leer echter wordt daaromtrent verdedigd in *Themis*, 1846, bl. 358—370. Het wetboek van 1830 had deze beschikkingen in art. 963 verklaard verboden substitutiën te zijn.

Erfstellingen over de hand ten behoeve van kleinkinderen en afstammelingen van broeders en zusters.

§ **586.** Deze beschikkingen zijn inderdaad substitutiën, en worden door de wet ook zoo genoemd. Men heeft haar van het algemeene verbod uitgezonderd, ten einde aan erflaters, die voorzien, dat hunne door zorg en vlijt verzamelde vermogens na hunnen dood zullen worden prijs gegeven aan de verkwistingen van spilzieke kinderen of broeders en zusters, een middel te geven, om hunne nalatenschap, gedeeltelijk althans, voor de kinderen der erfgenamen te bewaren. LOCRÉ, V, 212—219. En inderdaad het belang

---

a) Zie hierboven, ad § 474.

van die kinderen of broeders en zusters zelve scheen zulk eene uitzondering te vorderen. De vader immers, die weet, dat zijn geheele vermogen na zijnen dood zal verspild worden, zal het, zoo veel hij mag, aan vreemden wegschenken, tenzij de wet hem eenen weg aanwijze, langs welke hij die verkwisting kan voorkomen, en de bewaring zijner goederen voor zijn verder nageslacht verzekeren. Dat vermogen echter der ouders is zeer beperkt en aan zekere voorwaarden onderworpen. Het heilzame en het noodige der uitzondering erkennende, heeft men echter, zoo veel mogelijk, de nadeelen der substitutiën willen vermijden en vooral willen voorkomen, dat de vrijheid door de wet aan ouders mitsgaders aan broeders en zusters verleend, niet tegen hare bedoeling tot andere einden misbruikt wierd.

Aan wien behooren de fideicommissaire goederen, als de bezwaarde erfgenaam zonder afkomelingen sterft? Aan zijne erfgenamen, of aan die van den erflater? — Zonder twijfel aan zijne erfgenamen, hetzij *ab instestato*, hetzij *ex testamento*. Hij wordt door de erfstelling erfgenaam, en dus eigenaar; de wet zelve noemt hem doorgaans zoo, art. 1022, 1024, 1029. De nalatenschap wordt een deel van zijn vermogen, dat hij alleen bezit, onder het bezwaar, onder den last van uitkeering aan zijne kinderen. Zijn er die kinderen niet, dan vervalt die last, de eigendom wordt geheel vrij, en hij krijgt het volle regt van beschikking, dat vroeger beperkt was. De regten van den verwachter nemen eerst aanvang op het tijdstip, dat het genot van den bezwaarde ophoudt, art. 1024. Wanneer er dus op dat tijdstip geen verwachter is, die zijne regten kan doen gelden, dan is de eigendom van den bezwaarde onbezwaard geworden, en gaat als zoodanig op zijne erfgenamen over. Zie *Regtsg. Adv.*, IV, 83—85.

3°. Volgens art. 1049 *C. N.*, was eene zoodanige beschikking ten voordeele van broeders- of zusters-kinderen niet geldig, tenzij de erflater kinderloos ware gestorven. Bij ons kan hij altijd, al heeft hij ook kinderen, het beschikbaar gedeelte zijner goederen op die wijze aan zijne broeders of zusters laten. Men moet nog opmerken, dat het geval bestaan kan, waarin de erflater, ten behoeve van broeders- of zusters-kinderen, aldus over zijne ge-

heele nalatenschap kan beschikken, als hij noch ouders noch bloedverwanten in de opgaande linie nalaat, terwijl hij hetzelfde ten behoeve zijner kleinkinderen altijd slechts voor een gedeelte kan. Sommigen hebben hierin eene tegenstrijdigheid gevonden. Zie LOCRÉ, V, 218; REHBERG, 208, 209. Doch, éénmaal als beginsel vastgesteld zijnde, dat het wettelijk erfdeel altijd ongeschonden moet blijven, kon men daarvan, zonder zich-zelven ongelijk te worden, ook hier niet afwijken.

§ **587.** **1°.** De reden van zulk eene beschikking ten voordeele van één kleinkind, of van éénen neef, zou alleen kunnen gezocht worden in de begeerte, om eene soort van erfopvolging te scheppen, waardoor b. v. de oudste van het geslacht, ten koste der anderen werd bevoordeeld; en dus in eenen hoogmoed, door de wet afgekeurd. Draagt de grootvader aan zeker kleinkind meer genegenheid toe dan aan anderen, dan staat het hem vrij, dit onmiddellijk uit het beschikbaar gedeelte zijner goederen te bevoordeelen, en hij behoeft daarvoor zijne toevlugt niet te nemen tot eene substitutie. LOCRÉ, V, 218; TOULLIER, V, 728.

2°. Indien de beschikking slechts voor éénen graad wordt toegelaten, dan geraken de goederen slechts voor eenen zeer korten tijd buiten den handel, maar kon zij tot verdere graden worden uitgestrekt, dan stond de weg weder open tot het invoeren van eene nieuwe erfopvolging voor eene lange reeks van geslachten. Het eenige doel der wet is, om de goederen voor verkwisting en doorbrenging te bewaren, en de erflater kan niet eens weten, of kleinkinderen en neven, die dikwijls òf nog zeer jong òf nog niet geboren zijn, zich daaraan zullen schuldig maken.

3°. *Legitima respuit omne onus.* De erflater kan daarover niet beschikken, hij kan haar ook niet bezwaren. Niettemin is eene beschikking niet ongeoorloofd, waarbij de vader het geheele erfdeel van één of meer zijner kinderen fideï-commissair maakt, met de bepaling, dat hij die daarmede niet zal tevreden zijn, alleen erfgenaam zijn zal van de légitieme. De légitieme is een regt der kinderen, waarvan zij, mits meerderjarig zijnde, natuurlijk afstand kunnen doen, met hetzelfde regt, waarmede zij de geheele nalatenschap kunnen verwerpen. De beraadslaging bewijst dan ook

dat, hoezeer men van die zeer gewone beschikkingen opzettelijk heeft gezwegen, men ze echter niet heeft beschouwd als ongeoorloofd. De wet verbiedt ze ook nergens.

§ **589.** Onverschillig op welke wijze dit genot ophoudt: hetzij door den dood van den bezwaarde, hetzij door de vervulling der voorwaarde, waaronder hij benoemd was, hetzij door zijnen afstand ten voordeele der verwachters, enz., zonder dat echter in dit laatste geval daardoor eenig nadeel kan worden toegebragt noch aan de schuldeischers van den bezwaarde, wier schuldvorderingen ouder zijn dan deze afstand, noch aan zijne kinderen, die later geboren worden, art. 1024.

§ **591.** Volgens art. 1056 *C. N.* moest er altijd een voogd over de bezwaarde goederen benoemd worden; men heeft deze bepaling bij ons niet gemaakt, omdat men aan den erflater de beoordeeling heeft willen overlaten, hoe veel vertrouwen hij aan den bezwaarden erfgenaam schenken kan. Maar is het zijn wil geweest, dat er een bewindvoerder zijn zou, en ontbreekt de door hem benoemde door toevallige omstandigheden, dan moet daarin op eene andere wijze voorzien worden.

§ **592.** 1°. Het is niet denkelijk, dat de erflater den bezwaarde dikwijls van het stellen dezer zekerheid zal ontheffen. Hij zou dan bijna even zoo goed de geheele substitutie kunnen weglaten, omdat er op die wijze niet de minste waarborg meer bestaat voor de bewaring der goederen, die juist het eenige doel is der substitutie.

§ **593.** Door geenen minderjarige. Behoudens verhaal tegen zijnen voogd.

Erfstellingen over de hand in hetgeen de erfgenaam of legataris onvervreemd en onverteerd zal nalaten.

§ **594.** Hij mag de goederen vervreemden en verteren; hij mag die *titulo oneroso* allen wegmaken. Hij mag daarover zelfs bij schenking onder de levenden, doch niet bij uitersten wil, beschikken: tenzij hem het eerste door den erflater verboden of het tweede vergund zij. Dat de erflater deze vergunning kan geven, is zeker niet twijfelachtig, ofschoon dan ook de beschikking hierdoor het karakter van *fideicommissum de residuo* inderdaad ge-

heel verliest. En hiermede zijn dus beslist de door de Fransche schrijvers (zie b. v. ROLLAND DE VILLARGUES, 266; TOULLIER, V, 39) behandelde vragen: of de erfgenaam de goederen, hem bij zulk een fideïcommis gemaakt, bij uitersten wil mag wegmaken, en, zoo ja, of hem dat dan door den erflater kan worden verboden?

§ **595.** De Fransche schrijvers waren het er vrij wel over eens, hoezeer de wet er over zweeg, dat zulk eene bepaling, ofschoon ongeoorloofd, echter geene substitutie is; ROLLAND DE VILLARGUES, 299; TOULLIER, V, 51; DELV., IV, 387. In ons wetboek van 1830, art. 963, werd zij echter daarvoor gehouden. Bij de herziening is men daarop teruggekomen, omdat het verbod om te vervreemden wel met zich brengt de verplichting om te bewaren, maar niet die om uit te keeren, en dus één der kenmerken der verboden substitutie mist. Het verbod derhalve wordt gehouden voor eene met de wet strijdende voorwaarde, en volgens het beginsel, bij art. 935 aangenomen, als niet geschreven beschouwd; doch de beschikking zelve blijft van waarde. — Maar wat, als dat verbod bij den uitersten wil verklaard wordt gedaan te zijn ten voordeele van een zeker bepaald persoon? Indien het blijkt, dat het daarbij duidelijk de bedoeling van den erflater geweest is, om aan zijne erfgenamen de verpligting op te leggen om zijne nalatenschap te bewaren en aan dien derde uit te keeren na zijnen dood en dat hij alzoo eene substitutie heeft willen maken, dan moet zij ongetwijfeld geheel worden vernietigd, als vallende in de termen van art. 926. Maar veel zal hier afhangen van de omstandigheden in ieder geval aanwezig, en van de woorden, waarvan zich de erflater bediend heeft. ROLLAND DE VILLARGUES, 301. Voor het overige is het de absolute onvervreemdbaarheid, de onvervreemdbaarheid voor altijd, waardoor de nalatenschap of het legaat zou gebragt worden buiten den handel, die hier verboden wordt *a*). Wanneer de goederen, zoo als art. 1066 dit toelaat, voor een bepaalden tijd worden gesteld onder het beheer van door den erflater benoemde bewindvoerders, dan mag daaruit volgen, dat zij gedurende den tijd van het beheer onvervreemd-

---

a) Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 314.

baar zullen zijn; maar het spreekt van zelve, dat zulk eene beschikking niet valt in het verbod van art. 931 *a*).

§ **596.** Dat hij geene zekerheid behoeft te stellen (art. 1037), spreekt van zelf; want hij mag alles verteren en vervreemden, en hij behoeft niets te bewaren. De boedelbeschrijving dient dan ook alleen om na zijn overlijden te doen blijken welke der door hem nagelaten goederen tot de substitutie behoord hebben.

§ **597.** De verwachter heeft daartoe dus eene actie tegen de erfgenamen van den bezwaarde. Hij vraagt eenvoudig wat er is overgebleven. zonder dat hij behoeft te zeggen of te bewijzen, waarin het bestaat. Hij kan dit onmogelijk *a priori* weten. De erfgenamen zijn daarentegen even weinig jegens hem rekenpligtig, in den eigenlijken zin van dat woord. Dit zou geheel in strijd zijn met den aard der beschikking, en met de onbeperkte vrijheid van de bezwaarde erfgenamen, om met de bezwaarde goederen geheel naar welgevallen te handelen. Zij geven eenvoudig op wat er is. Wil de verwachter die opgave betwisten, dan is het aan hem de onjuistheid of de onvolledigheid daarvan te bewijzen, en om te toonen, dat er meer is overgebleven.

Herroeping en vervalling.

§ **598.** Bij art. 1039—1041 zijn de twee volgende vragen, die in het Fransche regt bestonden, beslist: 1°. of een uiterste wil herroepen wordt bij eene enkele onderhandsche akte, door den erflater geschreven en onderteekend, zonder dat deze eenige andere beschikking inhoudt. De *ratio dubitandi* was daarin gelegen, dat, volgens art. 895 *C. N.*, in iederen uitersten wil eene beschikking over de goederen moest voorkomen. TOULLIER, V, 633; DELV., IV, 352—354; bij ons is dit niet noodig, en kan derhalve bij zulk een stuk mits behoorlijk gedeponeerd, een vroegere uiterste wil herroepen worden, zie art. 979 en boven, *ad* § 539; 2°. of door eenen uitersten wil, die nietig is in den vorm, doch die al

---

a) Dat de benoeming van eenen bewindvoerder niet tengevolge heeft de onvervreemdbaarheid der geadministreerde goederen, betoogt Mr. E. H. KARSTEN, in *Themis*, 1875, 37—40.

de vereischten heeft van eene notariële akte, een uiterste wil wettig wordt herroepen. TOULLIER, V, 622—628; DELV., V, 352—354. Ons art. 1040 beslist deze vraag *implicite* toestemmend, door te bepalen, dat de daarbij herhaalde vroegere beschikkingen niet als herroepen worden beschouwd; de reden hiervan is, omdat er voor die beschikkingen geene wilsverandering bestaat *a*). TOULLIER, V, 634.

1°. De stilzwijgende herroeping heeft echter geene plaats door eenen uitersten wil, die nietig is in den vorm, al kon deze ook gelden als notariële akte, art. 1041. De stilzwijgende herroeping toch is alleen het gevolg van de nieuwe met de vroegere strijdige uiterste wilsbeschikking, en deze zijn slechts dan geldig, als zij in eenen uitersten wil, naar den wettigen vorm gemaakt, voorkomen.

3°. En zulks onverschillig of de uiterste wil aan den notaris gesloten ter hand is gesteld, of open, in welk laatste geval de akte van bewaargeving aan den voet van het stuk zelf geschreven is, art. 979. De vroeger bestaande zwarigheid, alsof in dit laatste geval deze teruggave aan den erflater, in strijd zou zijn met het verbod aan de notarissen, om eene minuut uit hunne handen te geven (waarover zie *Regtsg. Bijbl.*, I, 195—197), is thans, daargelaten alles wat daartegen vroeger reeds kon gezegd worden, geheel vervallen, nu art. 41 der tegenwoordige wet op het notarisambt juist en opzettelijk de teruggave van een olographischen uitersten wil van dit verbod uitzondert.

§ 599. Uit de herroeping van den uitersten wil is het gebleken, dat de erflater niet langer gewild heeft, dat zijne vroegere beschikkingen zouden worden ten uitvoer gebragt. Het artikel

---

a) Ten opzigte van die beschikkingen toont hij door de herhaling daarvan in de latere notariele akte, dat hij die heeft willen handhaven. De billijkheid bragt daarom den wetgever er toe ze geldig te verklaren. Dat dit in strijd is met strenge regtsbeginselen, valt intusschen niet te ontkennen De uitdrukkelijke herroeping in eene daartoe geldige akte vernietigt de vroegere beschikkingen, en naar strenge regtsbegrippen zouden zij niet op nieuw regtsgeldig bestaan erlangen door hare wederopname in de latere akte, omdat de beschikkingen voorkomende in eene akte, die de vereischten mist van een testament, eigenlijk nietig zijn. Daarvan zou men dan echter kunnen zeggen: *summum jus, summa injuria*, en daarom heeft de wet het anders bepaald.

spreekt alleen van onbevoegdheid of van weigering van den erfgenaam of legataris. Is het dus niet toepasselijk, indien deze vóór den erflater is overleden? Volgens de letter der wet zou men dit kunnen betwijfelen, maar de bedoeling is geene andere, dan dat de erfgenamen *ab intestato* het genot verkrijgen van alles wat aan erfgenamen of legatarissen bij eenen tweeden uitersten wil was gelaten, indien deze daartoe, om welke reden ook, onbekwaam zijn, met uitsluiting der erfgenamen of legatarissen bij eenen vroegeren uitersten wil benoemd; en nu is zeker wel de dood de grootste onbekwaamheid. *Regtsk. Tijdschr. voor het Notaris-ambt*, II, 61—63.

§ **601**. Wanneer het gelegateerde goed heeft opgehouden in den boedel van den erflater te zijn vóór het oogenblik van zijnen dood, dan kan hij daarover niet meer beschikken; maar die reden bestaat niet meer, als het goed daarin weder is teruggekeerd.

602. 1°. Hij heeft alsdan geen regt hoegenaamd op het gelegateerde, vóórdat die gebeurtenis heeft plaats gehad, en heeft dit ook daarom niet aan zijne erfgenamen kunnen overdragen. *L.* 54 *D. de R. J. a*). Wanneer b. v. aan A *f* 1000 worden gelegateerd, indien zijn oudste zoon met B trouwt, dan is het onzeker, of de voorwaarde immer zal ontstaan, en dus of het legaat immer zal verschuldigd zijn. — Wanneer daarentegen de voorwaarde alleen de uitvoering der beschikking en niet de beschikking zelve opschort, dan is het regt dadelijk na den dood van den erflater verkregen, en dan draagt de legataris dit stervende aan zijne erfgenamen over, art. 1045. Bij voorb.: »ik laat aan A *f* 1000, als zijne vrouw sterft.” Het is zeker, dat die vrouw eenmaal sterven moet, en dat dus eenmaal die *f* 1000 zullen moeten uitgekeerd worden.

Aanwas.

§ **605**. Het regt van aanwas (*jus accrescendi*) heeft tusschen erfgenamen en legatarissen plaats volgens den vermoedelijken wil

a) De reden waarom bij uiterste wilsbeschikkingen, in afwijking van hetgeen bij art. 1297, al. 2, ten opzigte van voorwaardelijke verbintenissen is bepaald, geen overgang op de erfgenamen plaats heeft, ligt, volgens sommige schrijvers, in het persoonlijke der begunstiging.

des erflaters, naar mate men uit zijne woorden moet opmaken, dat hij het vervallen aandeel van de erfenis of van het legaat liever aan de medebenoemden of aan de erfgenamen *ab intestato* heeft willen toekennen.

§ **606.** In de beide hier gestelde gevallen heeft er aanwas plaats, omdat de erfstelling of het legaat g e a c h t wordt gezamenlijk te zijn gemaakt, en dus *ex praesumta testatoris voluntate.* Het spreekt echter van zelf, dat dit vermoeden voor een anderen uitgedrukten wil van den erflater wijken moet, die derhalve bepalen kan, dat er in die gevallen geen, gelijk ook dat er in anderen wel aanwas zal plaats hebben.

In het Fransche regt had men reeds in art. 1044 en 1045 *C. N.* de tallooze en spitsvondige onderscheidingen afgeschaft, die de Romeinsche regtsgeleerden maakten tusschen de *re tantum*, *verbis tantum*, en *re et verbis conjuncti*, door eene gelijksoortige bepaling als deze, waarvan het voorname doel is, om al die eigenlijk nimmer te beslissen geschillen over de bedoeling van hem, die niet meer is, af te snijden, door het stellen van eenen vasten regel, bepalende, wanneer er regt van aanwas zal plaats hebben en wanneer niet. LOCRÉ, V, 372. De erflater, die de wet moet kennen, weet dus ook, welken zin zij aan zijne woorden zal hechten, en hij kan die dus daarnaar inrigten.

1°. Men mag zeker in het algemeen het er voor houden, dat, indien de erflater aan onderscheiden personen dezelfde zaak bij ééne en dezelfde beschikking gegeven heeft, zonder daarvan aan elk een bepaald aandeel aan te wijzen, hij ook gewild heeft, dat zij zelfs, bij ontstentenis van één hunner, die zaak alleen onder elkander zouden verdeelen; maar heeft hij daarentegen aan elk zijn deel aangewezen, dan houdt de wet het er voor, dat hij gewild heeft, dat elk met dat deel zou tevreden zijn, zonder immer op iets meerder regt te kunnen hebben. Als de erflater dus gezegd heeft: »ik laat mijn huis aan A, B en C", dan zal er regt van aanwas plaats hebben; maar niet als hij er heeft bijgevoegd: »ieder voor een derde gedeelte." Men moet alleen nog opmerken, dat de uitdrukking: »voor g e l ij k e a a n d e e l e n of g e d e e l-t e n", niet gehouden wordt voor de aanwijzing van een bepaald

aandeel, art. 1049, en dus het regt van aanwas niet belet; b. v.: ik benoem A, B en C tot mijne erfgenamen, ieder voor een gelijk gedeelte. Maar anders zou het zijn, indien er gezegd was: ik stel A, B en C tot mijne erfgenamen, ieder voor een derde gedeelte. Dan moet ieder, in elk geval met dat een derde tevreden zijn; en het aandeel van den ontbrekende vervalt aan de erfgenamen *ab intestato*.

Bij de Romeinen had het *jus accrescendi* altijd en tusschen alle erfgenamen, zoowel *ex testamento* als *ab intestato*, plaats, *ex necessitate juris: l. un.* § 10 *C. de cod.*, *l.* 20 *C. de jur.*, *del.*, *l.* 1, *l.* 3 *D. de acq. hered.* Doch dit was een noodzakelijk gevolg van den regel: *quod nemo pro parte testatus*, *pro parte intestatus decedere potest.* Bij ons echter geldt die regel niet meer, en het aandeel van den ontbrekenden erfgenaam vervalt aan de wettige erfgenamen, tenzij de twee omstandigheden van artikel 1049 zich vereenigen, om het *jure accrescendi* aan de medebenoemde erfgenamen toe te wijzen.

TITEL XIII.

Van uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen en van bewindvoerders.

(Artt. 1052—1069. Eerste gedeelte, § 607—620, bl. 162—165.)

Geschriften: Asser, 363—370; Voorduin, IV, 210—230; Diephuis, V, 5—41; Opzoomer, II, 198, 199; Opzoomer, *B. W*,, IV, 333—373; Loke, 740—747.

Algemeene bepalingen.

§ **607.** Het uitvoerderschap is eene soort van lastgeving, door den erflater op den uitvoerder verstrekt, die niemand, tegen zijnen wil, moet genoodzaakt worden aan te nemen. Maar heeft hij die eenmaal aanvaard, dan heeft hij zich daardoor stilzwijgend jegens de erfgenamen en legatarissen verbonden, die te voleindigen; van dat oogenblik af *geritur negotium invicem*, en dan is het billijk, dat deze hem daartoe, ter voorkoming van dikwijls onberekenbare

nadeelen, kunnen noodzaken. Van daar de regel: *voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare. L.* 17, § 3 *D. comm.* — Hetzelfde geldt omtrent den bewindvoerder *a*).

Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen.

§ **609.** Bij gebreke van iemand anders, die daarvoor zorgt, moet de erflater de uitvoering zijner uiterste wilsbeschikkingen overlaten aan de goede trouw zijner wettige erfgenamen. De ondervinding had reeds vroeger geleerd, dat deze zich niet allen met dezelfde naauwgezetheid en eerlijkheid van die taak kweten; van daar de instelling dezer uitvoerders, TOULLIER, V, 576.

§ **611.** Vrouwen en minderjarigen kunnen daarentegen wel lasthebbers zijn, art. 1835. De lastgever geeft last om zijne eigen zaken te besturen, en kan daartoe aanstellen wien hij wil; de uitvoerder daarentegen wordt door den erflater benoemd tot beheerder van de zaken en belangen van anderen.

1°. Zelfs niet met de toestemming van haren man, zoo als volgens art. 1029 *C. N.* Eene getrouwde vrouw moet zich met de belangen van hare huishouding en met de opvoeding van hare kinderen bezig houden; en eene betrekking, waaraan eene zoo groote verantwoordelijkheid verbonden is, was niet geschikt, om aan haar te worden toevertrouwd *b*).

2°. Kan hij, die *venia aetatis* verkregen heeft en dus meerderjarig verklaard is, ook geen uitvoerder zijn? Ja; want hoezeer handligting eener generieke benaming is, waaronder ook *venia aetatis* verstaan kan worden, is het echter duidelijk, dat hier alleen bedoeld is de eigenlijk gezegde handligting, in beperkten zin; immers de meerderjarigverklaarde staat in alles met den meerderjarige gelijk, en is dus niet meer minderjarig. Zie *Regtsg. Adv.*, III, 93—96; *Regtsg. Bijbl.*, III, 413—416. Anders echter aldaar, II, 264—266.

§ **612.** Dat bezit (*saisine*) van een uitvoerder belet echter

---

a) Het nut en het stevige van den regtsgrond dezer verpligting worden betwijfeld door Mr. F. B. CONINCK LIEFSTING, in *Themis*, 1872, 291 en 292.

b) Die grond acht ik weinig afdoende in eene wet, die toelaat dat de getrouwde vrouw de veel omvangrijker betrekking van koopvrouw uitoefent, art. 168.

niet dat van de erfgenamen (art. 880, 1002). Deze laatsten alleen bezitten *titulo domini;* de uitvoerder bezit voor hen en in hunnen naam. De erfgenaam heeft de *possessio juris*, de uitvoerder de *possessio facti.* TOULLIER, V, 581, 582. De meening, dat het wettelijk erfdeel van dat bezit zou zijn uitgesloten, is minder juist. Men grondt die voornamelijk op het *legitima respuit omne onus;* maar daargelaten nog, dat die regel niet in ieder geval kan worden ingeroepen, ook daar waar de wet zelve het tegendeel bepaalt, moet men niet vergeten: 1°. dat door het bezit van den exécuteur volstrekt geen inbreuk wordt gemaakt op het wettelijk erfdeel, en zelfs eigenlijk niet op het beheer daarvan, en dat dat bezit geen ander doel en ook geen ander gevolg heeft, dan de gedeeltelijke vereffening van den boedel, die de eenige roeping is van den exécuteur; en 2°. dat, juist omdat vóór die vereffening met geene mogelijkheid de goederen zijn aan te wijzen, die de légitieme zullen uitmaken, het even onmogelijk zijn zou te zeggen, welke goederen dan, als zoodanig, van dat bezit zouden moeten zijn uitgesloten. Maar bovendien, wat alles afdoet, art. 1054 is algemeen, en maakt die uitzondering volstrekt niet. Eindelijk, de wet maakt die uitzondering uitdrukkelijk voor de bewindvoerders van art. 1066, waarschijnlijk juist, omdat door hun beheer op het vrije beheer van het wettelijk erfdeel zou worden inbreuk gemaakt; en men mag het er voor houden, dat zij hier, zoo zij hetzelfde gewild had, ook hetzelfde zou gezegd hebben *a*).

Dat enz. Oppervlakkig schijnt wel de zin der woorden: het bezit zal van regtswege niet langer duren dan één jaar te zijn, dat het ook door den erflater voor geenen langeren tijd kan gegeven worden; — en zoo was het ook onder den *C. N.: mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour*, art. 1026. — Intusschen blijkt het uit de verklaring, bij ASSER, 365, van ons artikel gegeven, dat dit de bedoeling niet geweest is, doch dat die woorden eenvoudig beteekenen, dat het bezit van regtswege na een jaar vervalt, wanneer de erflater

a) Anders echter OPZOOMER, *B. W.*, ad art. 1054.

geenen tijd bepaald heeft; onverminderd dus het regt van dezen, om het ook voor langer te geven *a*).

1°. Art. 1006 geeft den legatarissen alleen eene actie tegen de erfgenamen, terwijl hier niet onduidelijk verondersteld wordt, dat de uitvoerders belast zijn met de afgifte der legaten. Men kan deze beide bepalingen alleen met elkander overeenbrengen, door te stellen, dat de uitvoerders in der minne de legaten kunnen afgeven, maar dan ook zich voor de wettigheid daarvan verantwoordelijk stellen, maar dat de legataris, die zijn legaat in regten wil opvorderen, den erfgenaam moet aanspreken, en niet den uitvoerder. Het legaat blijft dan niet minder een *donatio ab herede praestanda* (zie boven *ad* § 576), vermits de uitvoerder die afgifte dan natuurlijk doet *nomine heredis.*

§ **613.** 1°. Zie boven, *ad* § 280. — De uitvoerders zijn daartoe gehouden, onverschillig of zij al of niet de zoogenaamde *saisine* hebben. De wet onderscheidt niet.

§ **615.** 3°. De uitvoerders, die in het bezit zijn der geheele nalatenschap, zijn ook in het bezit der titels van schuldvorderingen, en daaraan moest dus wel, als een natuurlijk gevolg, het regt verbonden worden, om die schulden te kunnen invorderen, van wier bestaan of opeischbaarheid zij alleen kennis dragen *b*). Zij zijn daarentegen niet bevoegd om de schulden der nalatenschap te voldoen; hunne roeping is alleen om de uiterste wilsbeschikkingen ten uitvoer te brengen, en niet om den geheelen boedel te vereffenen. Men heeft hun dit regt opzettelijk niet willen geven, zoowel om deze reden, als omdat men vreesde daardoor eene bepaling vast te stellen, strijdig met die van art. 1083, medebrengende dat de erfgenaam, die onder het voorregt van boedelbeschrijving aanvaard heeft, de schuldeischers ponds-pondsgewijze moet betalen, waaruit volgt, dat niemand anders dan hij die betaling doen kan, omdat hij alleen in staat is bij zich-zelven te beraden of hij den boedel zuiver wil aanvaarden, dan wel van het voorregt van boedelbeschrijving gebruik maken.

---

a) Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., 362—364 helt tot de andere zienswijze over.

b) Dat de bevoegdheid van den executeur om de bedoelde regtsvorderingen in te stellen verbonden is aan en derhalve ophoudt met het bezit der nalatenschap, beslistte de hooge raad bij arrest van 15 Junij 1877, *W.* n°. 4136.

De schulden in te vorderen *a*).

§ **616.** Zijne verpligting is uit haren aard persoonlijk; want het is niet zeker, dat de erflater hetzelfde vertrouwen, dat hij in hem stelde, ook aan zijne erfgenamen zou geschonken hebben. Dat niettemin zijne erfgenamen kunnen worden aangesproken ter zake van vergoedingen en van alles wat hij verder door of ten gevolge van zijn gevoerd beheer is schuldig geworden, spreekt van zelf. Volgt echter uit deze bepaling ook, dat de exécuteur zich niet kan doen vertegenwoordigen door een gemagtigde, natuurlijk onder zijne verantwoordelijkheid? Zeer zeker niet. De regel is, dat ieder een gemagtigde kan aanstellen, en voor alle zaken, zonder onderscheid. Een verbod of eene uitzondering op den regel voor den exécuteur is in de wet niet te vinden. Zie *Weekbl.* n°. 1694. Anders echter *Opm. en Meded.*, XI, 50—72.

§ **617.** De légitiemarissen, aan wie bij uitersten wil alleen hun wettelijk erfdeel is gelaten, kunnen zich aan de voldoening van dat loon niet onttrekken, op grond dat daardoor inbreuk wordt gemaakt op hunne légitieme. De exécuteur krijgt dat niet uit kracht van het testament, maar uit kracht der wet; en het is alzoo geen gift of legaat. Zie DE PINTO, *Adv.*, 91, 92. Anders is het, wanneer het bij testament toegekende loon dat der wet te boven gaat. Dat wordt alleen verkregen *ex testamento*, en moet dus beschouwd worden als legaat. Anders echter arrest van den hoogen raad van 2 Januarij 1869, VAN DEN HONERT, Afd. *Zeg. en Reg.*, bl. 338—350.

§ **618.** Al de uitvoerders hebben zich door de aanvaarding van hunnen last verbonden, om dien waar te nemen. Willen zij nu dien last aan één hunner overlaten, en dus gedeeltelijk aan een ander overdragen, dan zijn zij ook verantwoordelijk voor zijne handelingen, en dan zijn zij verpligt er voor te waken, dat hij zijne pligten getrouw vervulle.

---

a) Dat de bevoegdheid hiertoe van den executeur, niet uitsluit het regt der gezamenlijke erfgenamen om persoonlijk die schulden in te vorderen, beslistte de hooge raad bij het hierboven vermeld arrest van 15 Junij 1877.

Bewindvoerders.

§ **619**. Het wetboek van 1830, art. 1100, verbood de benoeming van zulke bewindvoerders, *Regtsg. Bijdr.*, IX, 211. De redenen, waarom men hen heeft toegelaten, zijn: 1°. omdat men aan den erflater, aan wien het vrij stond de erfenis of het legaat in het geheel niet te maken, en die dus het meerdere kon, het regt, om ook het mindere te doen, niet heeft willen betwisten; 2°. dezelfde, waarom het aan ouders en broeders of zusters geoorloofd is substitutiën ten voordeele hunner kleinkinderen en neven of nichten te maken, waarover zie boven *ad* § 586.

Mits hierdoor, enz. Zie boven *ad* § 612.

TITEL XIV.

Van het regt van beraad en het voorregt van boedelbeschrijving.

(Art. 1070—1089. EERSTE GEDEELTE, § 621—630, bl. 165—167.)

Geschriften: ASSER, 370—375; VOORDUIN, IV, 231—259; DIEPHUIS, V, 42—97; OPZOOMER, II, 199—202; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 377—403; LOKE, 757—771.

Regt van beraad.

§ **621**. De erfgenamen treden van regtswege in het bezit van alle goederen en regten van den overledene, art. 880. Een regtstreeksch en natuurlijk gevolg hiervan is, dat zij ook aansprakelijk worden voor al zijne schulden, art. 1146, 1147. Dikwijls dus zou het gebeuren, dat eene met schulden overladen erfenis den erfgenamen, in plaats van winsten, groote nadeelen zoude aanbrengen; van daar het regt, om haar te aanvaarden of te verwerpen, art. 1091. Deze keus nu kan meermalen voor den erfgenaam zoo moeijelijk als gewigtig zijn. Moeijelijk, omdat het gebeuren kan, dat hij met den staat des boedels niet genoegzaam bekend is, om te weten, of de schulden de baten, dan wel of de baten de schulden zullen overtreffen. Gewigtig, omdat het onbedacht verwerpen van eene rijke nalatenschap hem aan het onher-

stelbaar verlies van al de voordeelen, die deze hem zou aangebragt hebben, kan blootstellen, daar hij op die verwerping niet kan terugkomen, zoodra een ander der belanghebbenden de erfenis aanvaard heeft, art. 1102; — en omdat hij door de aanvaarding, in het vooruitzigt van eene onzekere winst, zich belast met al de schulden, door den erflater gemaakt, die echter zoo aanzienlijk zijn kunnen, dat zij niet alleen de nalatenschap, maar nog daarenboven zijne eigen bezittingen geheel uitputten, terwijl de meerderjarige erfgenaam tegen zijne aanvaarding niet in zijn geheel kan worden hersteld, dan alleen, indien zij het gevolg geweest is van een der redenen vermeld in art. 1099. Om deze redenen geeft de wet den erfgenaam den behoorlijken tijd, om den staat der nalatenschap te onderzoeken, en om zich te beraden, of hij haar al dan niet moet aanvaarden. De eenige voorwaarde, waaraan dit regt onderworpen is, bestaat daarin, dat hij vooraf eene verklaring moet uitbrengen ter griffie van de regtbank, ten einde de schuldeischers, die daarbij groot belang hebben, in staat te stellen hiervan kennis te dragen. Voor het doen dezer verklaring is echter geen termijn bepaald. De erfgenaam kan die doen, wanneer hij wil, zoo lang er nog geene schuldeischers opkomen; want zoo lang heeft niemand er belang bij, of hij de erfenis aanvaardt of verwerpt *a*).

§ **622.** Kan de hypothécaire schuldeischer, gedurende het beraad, zijn hypothécair regt op het verbonden goed uitoefenen? Ja; want, hoezeer de grosse der hypotheek-acte, als authentieke exécutoire titel, in het algemeen ook hier misschien kan gelijk

---

a) Dat voor het doen dezer verklaring in het geheel geen termijn is vastgesteld, heeft echter eene bedenkelijke zijde. Stel dat door een schuldeischer van de nalatenschap eene vordering wordt ingesteld tegen den erfgenaam, dan kan deze volgens art. 159 *W. v. Burg. Regtsv.*, volstaan met als eenige verwering voor te dragen, dat hij nog in termen van beraad is. Maar daarmede is nog niet afgelegd de verklaring bedoeld bij art. 1070 *B. W.*, tot het uitbrengen waarvan hij bij gemis aan eenen door de wet vastgestelden termijn, steeds bevoegd blijft. Zoolang hij daartoe niet verkiest over te gaan en zich ook niet als erfgenaam gedraagt, zal de schuldeischer derhalve de toewijzing zijner vordering niet kunnen eischen. Dat in dit opzigt eene leemte in de wet bestaat, schijnt niet te ontkennen. DIEPHUIS, t. a. p., 49; OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 383 en 384.

gesteld worden met een vonnis, wordt echter het hypothécair regt alleen uitgeoefend op het verbonden goed, en is dit zakelijk regt geheel onafhankelijk, hetzij van verwerping, hetzij van aanvaarding der nalatenschap, zuiver of onder het voorregt van boedelbeschrijving. Is dit waar voor de regten van den hypothécairen schuldeischer in het algemeen, het is ook waar voor het regt bedoeld in art. 1223; en hij zal alzoo, in weerwil van het beraad, kunnen overgaan tot den verkoop, krachtens zijne onherroepelijke volmagt. Anders echter *Regtsg. Adv.*, IV, 113—117.

Voorregt van boedelbeschrijving.

§ **623**. Ook na gedaan onderzoek kan het gebeuren, dat de toestand der nalatenschap onzeker blijft, en dat de erfgenaam, uit vrees voor twijfelachtige of nog onbekende schulden, het niet wagen durft haar te aanvaarden, *ne dum lucrum facere speret, in damnum incidat.* Reeds de Romeinsche keizers waren er op bedacht geweest, ook tegen dit bezwaar een hulpmiddel uit te denken. JUSTINIANUS had het den erfgenamen veroorloofd de erfenissen te aanvaarden onder het *beneficium inventarii; ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.* Hetzelfde middel is in de meeste latere wetgevingen behouden. Doch om daarvan onder het oude Fransche en Hollandsche regt gebruik te maken, moest men eerst het verlof bekomen van de hooge lands-overheid, bekrachtigd door den regter. Thans echter is eene bloote verklaring daartoe weder genoegzaam, overeenkomstig het Romeinsche regt en den *Code.* § 5 *I. de her. qual. et diff.*, *l.* 22, § 4 *C. de jur. del.;* VOET, *ad tot. D. de jure del.*, II; DE GROOT, *Inl.*, II, 21, 8—11; art. 793 *C. N.* en aldaar CHABOT DE L'ALLIER, 3; C. C. VAN DER SCHALK, *Diss. de ben. inv. in pers. hered. spect.*, L. B. 1826, 1—6, 8—10.

§ **625**. De wet zegt niet, wanneer iemand geacht moet worden zich als zuiver erfgenaam te hebben gedragen, maar laat dit geheel aan het oordeel van den regter over. De voorname handelingen, die daartoe aanleiding geven, zijn het betalen van schulden, het afgeven van legaten, het vervreemden of bezwaren der nage-

laten goederen, enz. Zie verder beneden, *ad* § 635. Art. 800 *C. N.* stelde nog eene tweede uitzondering, deze namelijk: *ou s'il n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple.* Deze woorden hadden tot de zeer betwiste vraag aanleiding gegeven, of de erfgenaam, uit krachte van zulk een vonnis, jegens al de schuldeischers of alleen jegens hem, die het vonnis verkregen had, als *héritier pur et simple* moest beschouwd worden. Als de algemeenheid van art. 800 het eerste moest doen vooronderstellen, dan bragt art. 1351, en de regel *res inter alios acta*, enz. tot een tegenovergesteld gevoelen. Zie over deze vraag CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 800, 3; TOULL., IV, 344; DELV., III, 289—291; VAN DER SCHALK, aang. *Diss.*, 38—41. Ons art. 1076 gaat het geheel met stilzwijgen voorbij, en daaruit volgt dan ook, dat de algemeene bepaling van art. 1954 hare volle toepassing vindt, en dat dus natuurlijk de erfgenaam jegens den schuldeischer, die tegen hem een vonnis heeft verkregen, waarbij hij verklaard wordt zuiver erfgenaam te zijn, die hoedanigheid onherroepelijk behoudt; maar tevens, dat de andere schuldeischers zich op dat vonnis als zoodanig niet kunnen beroepen, d. i. dat de enkele verklaring van het vonnis hem niet jegens anderen, zonder verder bewijs, tot zuiver erfgenaam maakt. Dit neemt echter niet weg, dat hij, die beweert, dat de erfgenaam zich als zuiver erfgenaam heeft gedragen, en die als zoodanig integrale betaling van eene schuld der nalatenschap vordert, zich kan beroepen op de feiten bij dat vonnis geconstateerd, en dat vonnis zelfs als bewijs, althans als vermoeden, kan doen gelden, behoudens tegenbewijs *a*).

§ **626**. 2°. Verduisteren vooronderstelt, wel is waar, dat men zich te kwader trouw de goederen toegeeigend of die weerloos gemaakt heeft. Niettemin kan de regter zeer zeker in iedere

---

a) Ik betwijfel of zelfs dit niet te ver gaat. De schuldeischer die beweert dat de erfgenaam zich als zuiver erfgenaam heeft gedragen, kan ongetwijfeld zich tot staving daarvan beroepen op dezelfde feiten, die in het vonnis door een anderen schuldeischer verkregen, tot het aannemen van die hoedanigheid hebben geleid, maar dan ook zal hij wederom zelfstandig het bewijs van die feiten moeten leveren. Als bewijs daarvan kan hij het bestaande vonnis niet doen gelden.

toeeigening, ook zonder kwade trouw, eene handeling zien, die den erfgenaam als zuiver erfgenaam moet doen aanmerken *a*).

§ **627.** 2°. Het doel, en ook het eerste gevolg van het voorregt van boedelbeschrijving is, dat de erfgenaam niet gehouden is *ultra vires hereditatis* voor de schulden van den overledene, en dat hij daarvoor ook nimmer in zijne eigen goederen kan worden aangesproken. Wanneer het zich dus laat aanzien, dat de erfenis niet eens toereikende zal zijn, om al de schulden te voldoen, of dat er na de betaling daarvan niets meer zal overblijven, dan vordert het belang van den erfgenaam en dat van de schuldeischers, dat hij zich van de betaling ontsla, door de geheele nalatenschap aan hen af te staan. Hij bevrijdt zich zelven daardoor van een lastig beheer, en van eene groote verantwoordelijkheid, en bespaart aan de schuldeischers noodelooze kosten.

3°. De schuld, die oorspronkelijk, volgens art. 1472, vernietigd was, herleeft nu; want de reden, die tot die schuldvermenging had aanleiding gegeven, bestaat niet meer, zoodra de erfgenaam ophoudt den overledene te vertegenwoordigen.

Zijn eigen inschulden. *b*).

§ **628.** Over de verpligtingen van den bénéficiairen erfgenaam jegens de schuldeischers van den boedel, en over de regten van deze laatsten, zie eene verhandeling in *Ned. Jaarb.*, V, 223—252. — Het spreekt voor het overige van zelf, dat het maken eener behoorlijke en getrouwe boedelbeschrijving behoort tot de eerste pligten van den erfgenaam, hetzij deze al of niet van den termijn van beraad hebbe gebruik gemaakt. De artt. 1077 en 1081 vooronderstellen dit dan ook, ofschoon de wet verzuimd heeft de ver-

---

a) Het artikel ontneemt hem die onder het voorregt van boedelbeschrijving heeft aanvaard, de daaraan verbonden voordeelen, zoodat hij in zijne eigen goederen aansprakelijk wordt voor de schulden der nalatenschap, en dat wel op grond van de ontrouw die hij pleegt tegen de schuldeischers der nalatenschap. Daarvan kan geen sprake zijn ten opzigte van hem, die te goeder trouw bij vergissing zich eene zaak van den boedel toeeigent. Zoowel hier als in het geval onder n° 1 bedoeld, wordt dan ook de kwade trouw van den erfgenaam vereischt. Dit blijkt ook uit het door de wet gebezigde woord verduistering, dat gelijk de Schr. der *Hdl.* teregt opmerkt, altijd kwade trouw vooronderstelt.

b) En omgekeerd moet de erfgenaam aan den boedel voldoen, wat hij aan den erflater schuldig was.

pligting uitdrukkelijk voor te schrijven. Hij die zich beraadt kan, maar behoeft den boedel niet te doen beschrijven, art. 1071, 1076. Wanneer dit echter door hem tijdens het beraad reeds geschied is, dan wordt eene tweede beschrijving na de aanvaarding overbodig.

2°. Waarin die zekerheid bestaan moet, wordt niet gezegd. Dit wordt derhalve aan den erfgenaam en aan de schuldeischers of legatarissen, of, bij verschil, aan den regter overgelaten. De zekerheid kan bestaan in hypotheek, pand- of borgstelling. De wet onderscheidt niet.

4°. Volgens art. 459 moet de voogd ten behoeve van den minderjarigen erfgenaam altijd onder het voorregt van boedelbeschrijving aanvaarden; en zal hij dus ook altijd aan deze formaliteit moeten voldoen, volgens art. 1082. Wel kan men daartegen aanvoeren, dat de aanvaarding onder het voorregt van boedelbeschrijving alleen gevorderd wordt in het belang van den minderjarigen erfgenaam; dat het aan groote bezwaren onderhevig kan zijn, den staat van eenen solventen boedel aan iedereen te moeten bekend maken; en dat de reden, waarom die oproeping anders geschieden moet, hier niet bestaat. De woorden echter van art. 1082 zijn stellig, duidelijk en algemeen, en, daar er altijd nog onbekende schuldeischers kunnen zijn, kan de voogd zich nimmer ontslagen achten van de verpligting om hen op te roepen, tenzij de staat van den boedel zoo gunstig zij, dat hij dit *suo periculo* durft nalaten.

Hier wordt slechts voorgeschreven eene eenvoudige oproeping in de dagbladen. Art. 784 W. van B. R. beveelt eene openbare dagvaarding voor den regter. Eene groote tegenstrijdigheid is hier moeijelijk te miskennen; zie meer hierover *Handl. tot het W. van B. R.*, *Aant. ad* § 558 *a*).

6°. Volgens het Romeinsche en Fransche regt betaalde hij de schuldeischers en legatarissen naar mate zij zich aanmeldden, vol-

---

a) Vele schrijvers meenen, dat men in art. 784 *W. v. B. R.* vlg. eene aanvulling van art. 1082 *B. W.* moet zien, met dit gevolg dat de beneficiaire erfgenaam, die zich tegen alle aansprakelijkheid jegens bekende en onbekende schuldeischers wil waarborgen, de op beide plaatsen voorgeschreven formaliteiten moet vervullen. DIEPHUIS, t. a. p., 82—84; OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 396, noot 5.

gens den regel: *jura scripta sunt vigilantibus;* zoo lang namelijk er geene opposerende schuldeischers waren. *L.* 22, § 4 *C. de jur. del.;* art. 808 *C. N.* Dit stelsel had ten gevolge, dat de ééne schuldeischer somtijds aanmerkelijk boven den anderen, die van den dood des erflaters nog geene kennis droeg, werd bevoordeeld; en dat zelfs de erfgenaam in de gelegenheid was, zijne eigen schuldvorderingen, dadelijk na het overlijden, te voldoen bij voorregt boven de andere schuldeischers. Men heeft daarom bij ons eenen anderen weg ingeslagen en bepaald, dat, na het aanzuiveren der rekening en verantwoording, de bekende schuldeischers geheel of in evenredigheid van het beloop der nalatenschap voldaan worden; terwijl zij, die zich later aanmelden, alleen uit de onverkochte goederen en het overschot betaling erlangen, art. 1083. Deze laatsten hebben het zich-zelven te wijten, dat zij niet vroeger zijn opgekomen, en dat zij geen gehoor hebben gegeven aan de oproeping van art. 1082, en ten hunnen aanzien geldt dus ook bij ons het *jura scripta sunt vigilantibus.* Eerst als op deze wijze al de schuldeischers voldaan zijn, kunnen de legatarissen hunne regten doen gelden; want, wanneer het blijkt, dat de nalatenschap niet of slechts toereikende is, om de schulden te betalen, dan heeft de erflater de legatarissen niets kunnen geven, omdat hij zelf niets had. Zij moeten voldaan worden uit zijne goederen; en *bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt. L.* 39, § 1 *D. de V. S.* — De schuldeischers eindelijk, die na de voldoening der legaten opkomen, hebben nog gedurende drie jaren hun verhaal tegen de legatarissen. Art. 1085.

TITEL XV.

Van het aanvaarden en verwerpen van erfenissen.

(Art. 1090—1111. EERSTE GEDEELTE, § 631—645, bl. 167—169.)

Geschriften: ASSER, 375—380; VOORDUIN IV, 259—267; DIEPHUIS, V, 98—152; OPZOOMER, II, 202—205; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 407—429; LOKE, 747—757.

Aanvaarding.

§ **631.** Uit hetgeen hier geleerd wordt omtrent de aanvaarding door openbare instellingen enz., in verband met art. 947, volgt dat geene aanvaarding, zelfs voorloopig door deze instellingen bestaanbaar is, zoo lang zij de koninklijke magtiging niet hebben. Zie DALLOZ, *Rép.*, in voce *disp. entre vifs et test.*, § 427, en de schrijvers aldaar aang., en voorts TOULLIER, V, 204; DELV., IV, 144; MARCADÉ, *ad* art. 937. Zoo bepaalde het ook het Fransche arrêté van 4 *Pluv.*, XII, bij FORTUIN, II, 291. En het maakt derhalve geen verschil, of men dit arrêté met de Comm. voor de Fransche wetten (bl. 80), voor afgeschaft, of met anderen voor nog bestaande houdt.

§ **632.** Dat wil zeggen, dat de erfgenaam, als hij de erfenis aanvaard heeft, gerekend wordt de nalatenschap in eigendom te hebben bezeten van het oogenblik af, dat zij is opengevallen, ingevolge artt. 880 en 1002, en den regel: *le mort saisit le vif. Heres quandocunque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*, *l.* 64. *D. de acq. vel. am. hered.* Van dat oogenblik af zijn de vruchten de zijne geworden, en zijn alle winsten of verliezen door de nalatenschap verkregen of geleden ten zijnen bate of laste gekomen.

§ **634.** Alle goederen, regten en regtsvorderingen van den erflater gaan van regtswege over op zijne erfgenamen, art. 880. Onder die regten behoort ook dat, om eene erfenis, ten zijnen voordeele opengevallen, te aanvaarden of te verwerpen; derhalve ook dit regt gaat over op zijne erfgenamen, natuurlijk voor zooverre zij zijne nalatenschap aanvaarden; want indien zij deze verwerpen, worden zij geacht nooit zijne erfgenamen geweest te zijn, art. 1104.

§ **635.** De aanvaarding geschiedt. *a*).

2°. In art. 780 *C. N.* worden onderscheiden daden opgegeven, die voor stilzwijgende aanvaarding gelden, als: 1°. wanneer de erfgenaam zijn regt heeft geschonken, verkocht of overgedragen aan een derde of aan éénen zijner mede-erfgenamen, of aan eenigen hunner; 2°. wanneer hij daarvan heeft afstand gedaan, zelfs om niet, ten behoeve van één of van sommigen zijner mede-erfgenamen; 3°. wanneer hij heeft afstand gedaan ten behoeve van al zijne mede-erfgenamen, als hij daarvoor den prijs ontvangen heeft. Dat artikel is in onze wet niet opgenomen, geenszins omdat men het heeft willen afschaffen, doch alleen omdat men het er voor hield, dat deze zaken van zelve spreken, aangezien de erfgenaam tot al deze daden slechts in zijne hoedanigheid van erfgenaam bevoegd kan zijn, en hij alzoo, door die te verrigten, zijne meening, om de erfenis te aanvaarden, duidedelijk aan den dag legt.

§ **636.** Deze bepaling is zoowel op de bénéficiaire als op de zuivere aanvaarding van toepassing; de wet onderscheidt niet. Het art. spreekt slechts van meerderjarigen; daaruit volgt intusschen niet, dat de minderjarige nimmer, maar integendeel, dat hij ook in andere gevallen in zijn geheel kan worden hersteld, en wel bepaaldelijk, indien de ten zijnen behoeve voorgeschreven formaliteiten niet zijn in acht genomen, zoodat b. v. de minderjarige altijd de vernietiging zou kunnen vorderen eener aanvaarding voor hem door zijnen voogd gedaan, zonder het voorregt van boedelbeschrijving. Zie art. 459, 1482, 1484.

§ **637.** De beteekenis van dit artikel is eenvoudig, dat men na verloop van dertig jaren de nalatenschap niet meer kan opvorderen van den erfgenaam, die haar vóór die opvordering heeft aanvaard, al had men ook beter regt; doch dat geene verjaring in den weg staat, zelfs niet na dertig jaren, indien de nalatenschap door niemand anders aanvaard is.

---

a) Alleen de zuivere aanvaarding kan stilzwijgend geschieden. De aanvaarding onder voorregt van boedelbeschrijving kan alleen geschieden uitdrukkelijk, op de bepaaldelijk daartoe bij de wet voorgeschreven wijze, n.l. door het afleggen van eene verklaring ter griffie van de regtbank, artt. 1075 j°. 1070.

Verwerping.

§ 638. De verwerping moet dus altijd uitdrukkelijk geschieden en wordt nimmer verondersteld.

§ 639. Niemand wordt genoodzaakt erfgenaam te zijn, die dit niet wil. Maar wanneer hij, op welken tijd ook, de erfenis verwerpt, heeft zijne verwerping dezelfde terugwerkende kracht, die zijne aanvaarding zou gehad hebben (zie boven, *ad* § 632), omdat men niet voor den éénen tijd erfgenaam zijn kan, en voor den anderen niet: *semel heres*, *semper heres.*

1°. Art. 1105 is in zulke algemeene bewoordingen vervat, dat men geneigd zoude zijn het toe te passen zoowel op de testamentaire als op de wettelijke erfgenamen; en daaruit zou naar de letter dus volgen, dat tusschen beide altijd regt van aanwas plaats heeft. Maar art. 1049 zegt niet minder stellig, dat de testamentaire erfgenamen daarop geene aanspraak hebben, ten ware: 1°. zij bij dezelfde beschikking benoemd zijn; 2°. niet aan elk zijn bepaald aandeel in het goed zij aangewezen. Dit artikel nu, voorkomende in den titel van uiterste willen, en sprekende van gestelde erfgenamen, is wel zonder eenigen twijfel alleen op testamentaire erfgenamen toepasselijk; maar indien nu op dezen ook art. 1105 moet worden toegepast, dan zijn deze twee artikelen in openbaren strijd met elkander. Er is dus geen ander middel om die te vereenigen, dan door te zeggen, dat het laatste alleen spreekt van erfgenamen *ab intestato.* Eene zoodanige uitlegging kan te gereeder worden toegelaten, omdat de woorden in de tweede zinsnede gebezigd daartoe inderdaad schijnen te leiden: indien hij alleen erfgenaam is, vervalt dezelve AAN DE NABESTAANDEN IN DEN VOLGENDEN GRAAD. Deze uitdrukking kan niet te pas komen, als men van testamentaire erfgenamen spreekt. — Wel heeft er ook voor testamentaire erfgenamen aanwas plaats, maar die wordt geregeld bij art. 1049, en moet dus beperkt blijven tot de daar genoemde gevallen.

§ 640. Omdat men niet voor eenen levenden persoon bij plaatsvervulling kan optreden. Wanneer iemand dus twee zonen nalaat, A en B, en A de vaderlijke nalatenschap verwerpt, dan vervalt

zij geheel aan B, al had A ook kinderen. Maar wanneer, in hetzelfde geval, de erflater maar éénen zoon had, dan zouden zijne kinderen uit eigen hoofde tot de erfenis geregtigd zijn, als nabestaanden in den volgenden graad.

§ **641.** Het kan gebeuren, dat de erfgenaam in het openbaar de erfenis verwerpt, en dat hij toch hare gelden in het geheim ontvangt. In dit en in andere gevallen van verwerping kunnen de schuldeischers gemagtigd worden haar te aanvaarden, om zich daaruit te betalen; hetgeen er echter daarna nog mogt overblijven, vervalt aan de mede-erfgenamen of aan de nabestaanden in den volgenden graad, art. 1105, 1107.

§ **642.** Omdat men geenen afstand kan doen van iets wat men nog niet heeft, of wat men nog niet aanvaarden kan. De regten van de erfgenamen op de nalatenschap vallen niet open vóór den dood des erflaters. *L.* 16 *D. de suis et legit.* Zie meer beneden, *ad* § 783.

§ **645.** Bij art. 789 *C. N.* was bepaald, dat, zoowel de bevoegdheid om te verwerpen, als die om te aanvaarden, door dertig jaren verjaart. Deze bepaling had volgens sommigen de tegenstrijdigheid ten gevolge, dat iemand, die zich niet binnen dertig jaren verklaard had, te gelijk erfgenaam was en geen erfgenaam. Hij moest de schulden betalen, indien hij daarvoor aangesproken werd, omdat hij niet meer verwerpen kon; maar wanneer hij de afgifte der nalatenschap van andere erfgenamen, die zich in het bezit gesteld hadden, vroeg, konden deze hem door de exceptie van verjaring afwijzen. Volgens anderen echter beteekende het artikel alleen, dat de erfgenaam na dertig jaren de bevoegdheid om te aanvaarden of om te verwerpen verloor en dus erfgenaam bleef, indien hij zich niet vroeger verklaard had; maar dat hij, verworpen hebbende, na dertig jaren niet meer kon aanvaarden, zelfs niet in het geval van art. 790 *C. N.*, overeenstemmende met ons art. 1102. Zie CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 789, 1. — Bij ons daarentegen heeft men begrepen, dat de verjaring van het regt om te aanvaarden die van dat om te verwerpen uitsluit. Tot dit laatste is men altijd nog bevoegd, zoo lang men zich niet als erfgenaam gedragen heeft.

TITEL XVI.

Van boedelscheiding.

(Artt. 1112—1171. EERSTE GEDEELTE, § 646—675, bl. 170—175.)

Geschriften: ASSER, 381—400; VOORDUIN, IV, 268—327; J. VAN DEN HONERT, *Geschiedenis en Beginselen der wetten van* 31 *Mei* 1843 (Stbl. n°. 22 en 23) *betrekkelijk Boedelscheidingen;* DIEPHUIS, V, 153—308; OPZOOMER, II, 205—221; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 433—508; LOKE, 774—846; *Regtsg. Tijdschr. voor het Notarisambt*, V, 1—28.

Algemeene bepalingen.

§ **646.** Al weder een gevolg van de wettelijke in-bezitstelling der erfgenamen. Ieder hunner verkrijgt daardoor een regt op het hem toekomende gedeelte der nalatenschap, en het strookt in de meeste gevallen beter met zijne belangen in het dadelijk bezit van dat afzonderlijk gedeelte gesteld te worden, dan genoodzaakt te wezen, zijn regt op den onverdeelden boedel te doen gelden: *nemo enim invitus compellitur ad communionem. l.* 26, § 4 *D. de cond. ind.; l.* 5 *C. comm. divid.* Waar meer deelgenooten zijn, hebben niet allen denzelfden wil; en eene gemeenschap vooral, waarin men tegen zijnen zin genoodzaakt is te verkeeren, is eene onuitputbare bron van twisten en regtsgedingen. De verpligting derhalve, door den erflater aan zijne erfgenamen opgelegd, om, zelfs voor eenen bepaalden tijd, in het onverdeelde te blijven, is nietig, en moet voor niet geschreven gehouden worden, volgens art. 935. Volgens het oud-Hollandsch regt kon de erflater de verdeeling voor eenen tijd, doch niet voor altijd, verbieden. DE GROOT, *Inl.*, II, 21, 6. — Daarentegen is de overeenkomst geoorloofd, waarbij de erfgenamen zich verbinden, om, gedurende eenigen tijd, in het onverdeelde te blijven, mits voor niet langer dan voor vijf jaren. Maar

wat, indien niettemin die overeenkomst voor een langer tijdvak is aangegaan? De overeenkomst wordt hierdoor niet geheel nietig. De wet spreekt die nietigheid niet uit; zij zegt eenvoudig, dat de overeenkomst slechts voor vijf jaren verbindende is. Hier moet derhalve hetzelfde plaats hebben, wat voor het beding van weder-inkoop bij art. 1556 uitdrukkelijk bepaald is.

§ **648**. Wanneer er algeheele of beperkte gemeenschap van goederen bestaat, is de man altijd bevoegd de verdeeling te vragen, hetzij alleen, hetzij met medewerking der vrouw. Maar wanneer de echtgenooten gescheiden zijn van goederen, kan de vrouw in regten optreden, om, gemachtigd door haren man of door den regter, de verdeeling te vragen. Dit laatste was in art. 818 *C. N.* niet beslist, en door de uitleggers op verschillende wijzen verstaan. CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 818, 4; TOULLIER, IV, 408 *a*).

§ **649**. De schuldeischers, die oorspronkelijk al de goederen van den erflater tot gemeenschappelijk onderpand hunner vorderingen hadden (art. 1177, 1178), kunnen er groot belang bij hebben, even als de legatarissen, hunne regten op den geheelen onverdeelden boedel uit te oefenen, en niet naar ieder der erfgenamen, die somtijds velen in getal, en op verre van elkander verwijderde plaatsen kunnen zijn, verwezen te worden, ten einde een deel daarvan te verhalen. Zoolang toch de boedel onverdeeld is, kunnen zij hunne regten op de geheele nalatenschap doen gelden; na de verdeeling kunnen zij slechts ieder erfgenaam voor zijn evenredig deel aanspreken, art. 1147.

§ **651**. De omslagtige en kostbare wijze van boedelscheiding zoo als die bij art. 819—837 *C. N.* was voorgeschreven, was bij ons reeds afgeschaft door de wet van den 12 Junij 1816 (*Staatsblad* n°. 26). Bij art 9 dezer wet was de zorg voor de belangen der minderjarigen genoegzaam uitsluitend overgelaten aan den voogd,

---

a) Bij beperkte gemeenschap van goederen is de bevoegdheid van den man om zonder medewerking der vrouw, boedelscheiding te vorderen of mede tot stand te brengen, beperkt tot de goederen, welke in de gemeenschap vallen. Ten aanzien van de goederen die aan de vrouw zijn opgekomen, is zij bevoegd persoonlijk de scheiding te vorderen of mede tot stand te brengen, hetzij bijgestaan door haar man, hetzij gemagtigd door den regter. Arrest van den hoogen raad van 15 Dec. 1881, *Regtspr.*, d. CXXIX, § 29.

den toezienden voogd en den vrederegter, die zich daarbij alleen van het ministerie van eenen notaris moesten bedienen, zonder verdere formaliteiten. Bij de daarstelling van den oorspronkelijken titel van het wetboek, zoo als die in 1838 werd ingevoerd, meende men, dat de ondervinding geleerd had, dat deze groote eenvoudigheid aanleiding gegeven had tot misbruiken en tot verwaarloozing van de belangen der minderjarigen. Dit ten minste werd als reden opgegeven, waarom men, door de weder-invoering der verpligte waardering door deskundigen, en de trekking van de kavelingen door het lot, voor een gedeelte althans, destijds weder tot het Fransche stelsel is teruggekeerd. Deze bepalingen intusschen zijn niet zonder krachtigen tegenstand in de wet opgenomen. *Regtsg. Bijdragen*, IX, 211, 212. Het duurde dan ook niet lang, of men zag de groote ongelegenheid en de moeijelijkheden in van alle die omslagtige formaliteiten, en vooral van die verpligte loting, die, ingevoerd in het belang der minderjarigen, niet zelden tot hun groot nadeel uitliepen. Van daar, dat men bij de herzieningswet van 1843 (zie eerste ged., bl. 31) weder grootendeels terugkeerde tot de veel eenvoudiger regelen van 1816, en de loting alleen is behouden voor de zeldzame gevallen, waarin men het over eene minnelijke verdeeling niet kan eens worden, art. 1125. Over de groote en vele nadeelen der verpligte loting verdient nog gelezen te worden *Regtsg. Bijbl.*, II, 276—283. De benoeming van deel-voogden, voor het geval, dat de voogd, de curator enz. strijdige belangen heeft met hem, dien hij vertegenwoordigt (art. 1118), is ontleend aan het oud-Hollandsch regt. Verg. DE GROOT, *Inl.* I, 7, 11, 2, 4. Zie over de benoeming van die deelvoogden, *Regtsg. Bijbl.*, VI, 188—192 *a*).

Het spreekt voor het overige van zelf, dat, indien alle de deelgenooten de vrije beschikking hebben over hunne regten en goederen, en bij gevolg over de scheiding alle zoodanige beschikkingen kunnen maken als zij goedvinden, art. 1115, de boedelscheiding loopen kan zoowel over de gedeeltelijke als over de geheele nalatenschap. Maar kan datzelfde ook geschieden,

---

a) Zie ook *Nieuwe Bijdragen*, 1875, 301—313.

als er onder de erfgenamen minderjarigen of onder curatele gestelden zijn? Of moet dan de geheele boedel worden verdeeld, en dat wel op straffe van nietigheid? — Neen. Dat bevel staat nergens in de wet te lezen, en het kan niet stilzwijgend worden afgeleid, noch uit het bevel van art. 1119, dat er eene boedelbeschrijving moet gemaakt worden, waarop zeker in den regel alle de goederen moeten gebragt worden, noch uit de omstandigheid, dat art. 1123 spreekt van de waardeering van de goederen, en niet van de te verdeelen goederen. Vooreerst toch, zoo het al waar is, dat de wet bij die bepalingen meer bijzonder heeft op het oog gehad eene verdeeling van alle de goederen, dan nog zou men het er voor mogen houden, dat zij, daarbij beschikkende voor het meest gewone geval, daardoor nog niet *per se* het minder gewone van gedeeltelijke scheiding uitsluit. Maar ten tweede spreken die artikelen, althans zeer zeker het laatste, natuurlijk alleen van die goederen, die moeten verdeeld worden. Terwijl, al mogt men al eens willen aannemen, dat alles in ieder geval op de boedelbeschrijving moet gebragt worden, daaruit nog niet noodzakelijk volgt, dat nu ook alles moet verdeeld worden. Anders echter *Regtsg. adv.*, I, 76—80.

§ **652.** De eigenlijke actie *familiae erciscundae* is onverjaarbaar. Dit is een gevolg van den regel: *nemo invitus compellitur ad communionem*, en van art. 1112. De boedelscheiding kan ten allen tijde worden gevorderd. Zie DE PINTO, *Adv.*, bl. 58, en boven *ad* § 646. Dit belet echter niet, dat hij, die, na meer dan 30 jaren in het bezit van goederen der nalatenschap te zijn geweest, tot scheiding wordt aangesproken, met grond kan beweren daarvan door verjaring eigenaar te zijn geworden, art. 2004, en dat dus van die goederen, om die reden, geene verdeeling te pas komt. En hij kan van die exceptie gebruik maken, zoowel als hij in het bezit is van de geheele nalatenschap, als van een gedeelte daarvan. Dit kan thans volstrekt niet twijfelachtig meer zijn, nu juist opzettelijk daarom het artikel in het algemeen spreekt van goederen, terwijl het oorspronkelijk art. (1113) spreekt van een GEDEELTE der goederen. Het eenige verschil is, dat in het laatste geval niet de geheele scheiding kan worden

tegengesproken, die dan nog met grond van de niet in zijn bezit zijnde goederen gevorderd wordt.

§ **653**. Zie boven *ad* § 393. Een gevolg van deze bepaling is, dat de schuldeischers van éénen der erfgenamen hunne regten niet kunnen verhalen op de onverdeelde goederen, omdat het vóór de verdeeling niet zeker is, welke goederen aan hunnen schuldenaar toebehooren; doch dat deze dadelijk na de verdeeling hun onderpand worden (art. 1177, 1178). Van daar ook, dat de onroerende goederen, aan eenen erfgenaam bij scheiding toebedeeld, *ipso jure* bevrijd zijn van de hypotheken of andere lasten daarop door één zijner mede-erfgenamen vóór de verdeeling gelegd. Die mede-erfgenaam is daarvan nooit eigenaar geweest; hij heeft ze dus niet kunnen bezwaren.

Vrijwaring.

§ **654**. De bedoeling der erfgenamen bij de verdeeling kan geene andere geweest zijn, dan dat de toestand van allen gelijk zou zijn, gelijk allen gelijke regten hadden. En dat doel zou niet kunnen bereikt worden, indien één hunner alleen de stoornis of uitwinning moest lijden.

V ó ó r d e v e r d e e l i n g. Anders als de oorzaak na de verdeeling ontstaan is: van toen af was hij alleen eigenaar, en was de zaak geheel *suo periculo.*

§ **655**. Wanneer de schuldvordering voor minder dan de volle waarde is toebedeeld, dan houdt de wet het daarvoor, en zeer te regt, dat de ongegoedheid van den schuldenaar voorzien, dat daarop gerekend, en dat deze bij de aanbedeeling in aanmerking genomen is; en deze bepaling is van toepassing zoowel op schuldvordering van renten enz., als op alle anderen.

D e d a a r t o e s t r e k k e n d e v o r d e r i n g, enz. Als de schuldenaar gedurende drie jaren in staat is geweest om te betalen, dan was hij ook tijdens de verdeeling *solvent*, en dan heeft er geene ongelijkmatige verdeeling plaats gehad. Is hij later insolvent geworden, dan is dit een bloot toeval, dat door den eigenaar der rente alleen gedragen wordt. Was hij eindelijk van den aanvang af reeds insolvent, dan heeft de erfgenaam het zich-zelven te wijten,

indien hij niet heeft goedgevonden zijne vordering tot vrijwaring vroeger in te stellen *a*).

Inbreng.

§ **657.** Volgens het Fransche regt moesten niet alleen de schenkingen onder de levenden, maar ook de legaten worden ingebragt. Artt. 843, 844, 845, 919 enz. *C. N.* Zie ook CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 843, 10. Het Romeinsche en het oud-Hollandsche regt daarentegen schreven dit alleen voor de schenkingen onder de levenden voor. VOET, *ad tit. l.*, 1, *sqq.* — Ook ons wetboek spreekt in de geheele afdeeling van inbreng alleen van schenkingen onder de levenden, zoodat bij ons geene legaten daaraan meer onderworpen zijn. En te regt. De inbreng berust eenig en alleen op de vooronderstelling, dat de erflater den éénen erfgenaam niet meer voorregten heeft willen toekennen dan den anderen, en dat dus alles, wat hij vroeger aan één hunner gegeven heeft, geacht moet worden slechts een voorschot op zijn erfdeel te zijn geweest, en deze vooronderstelling nu kan zeker niet worden toegepast op legaten, waarbij altijd beschikt wordt voor den tijd, waarop de erfenis openvalt, en dus de erfdeelen geheel verkregen worden. Het kan dus niet meer te pas komen daarop een voorschot te geven, terwijl het daarenboven inderdaad vrij zonderling en belagchelijk mag heeten, te vooronderstellen dat hij, die uitdrukkelijk een legaat maakt aan één zijner erfgenamen, hem dit niettemin eigenlijk niet heeft willen geven.

1°. De wet vooronderstelt, dat de vader en de moeder aan al hunne kinderen dezelfde liefde en genegenheid toedragen en dus ook gewild hebben, dat allen, zonder onderscheid, gelijkelijk hun vermogen zouden deelen. Er kunnen echter gevallen bestaan, waarin de ouders, om gewigtige redenen, het ééne kind boven het andere hebben willen bevoordeelen, en daarom hebben zij de bevoegdheid, de schenkingen, die zij aan hunne kinderen doen, vrij te stellen van inbreng. Maar wat, indien het begiftigde kind tot de nalatenschap geroepen wordt met bloedverwanten in de op-

---

a) Zie echter OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 461, noot 3.

gaande of zijdlinie, of met vreemden, als erfgenaam *ex testamento?* Zal er dan ook inbreng moeten plaats hebben? Volgens den letterlijken inhoud van het artikel, dat niet onderscheidt, ja. Intusschen zou zulk eene leer in openbaren strijd zijn met de zoo even vermelde *ratio legis*, en met het beginsel, dat bij ons het geheele onderwerp van den inbreng beheerscht; en indien de inbreng alleen verschuldigd is *ex praesumta testatoris voluntate*, dan kan men moeijelijk vooronderstellen, dat de erflater die voor zijn eigen kind wel, maar voor een vreemden testamentairen erfgenaam niet zou gewild hebben. Het is dan ook duidelijk, dat de wet, hier in n°. 1 sprekende van kinderen, het meest gewone geval der erfopvolging *ab intestato* heeft op het oog gehad, die wel kinderen, nooit anderen met hen tot de erfenis roept *a*).

Eene andere vraag, waartoe deze bepaling aanleiding geeft, is deze of de vrijstelling van inbreng ook somtijds stilzwijgend kan geschieden, en of b. v. de schenking aan geen inbreng onderworpen is, wanneer zij gedaan is. onder den vorm eener overeenkomst onder bezwaarden titel. — Deze vraag was onder de Fransche wetgeving niet uitgemaakt, en is bij ons, althans niet letterlijk, beslist. Volgens TOULLIER, IV, 474, zou zij vrij zijn van inbreng, voornamelijk op de twee volgende gronden: 1°. de inbreng berust geheel en al op den vooronderstelden wil van den erflater; en het is duidelijk, dat hij dien niet gewild heeft, als hij de schenking heeft ingekleed in den vorm eener overeenkomst onder bezwaarden titel; 2°. de wet zelve heeft, in art. 918 *C. N.*, de voordeelen genoten uit de vervreemdingen onder den last eener lijfrente van de verpligting van inbreng ontheven, en daardoor dus het beginsel gehuldigd, dat alle indirecte schenkingen daaraan niet onderhevig zijn. — Wat het eerste betreft, het is zeker wel zeer waarschijnlijk, ofschoon niet altijd zeker, dat de schenker in zulk een geval niet gewild heeft, dat er inbreng zou plaats hebben, en

a) Art. 1132, 1°. stelt de verpligting tot inbreng alleen afhankelijk van de omstandigheid dat de begiftigde erfgenaam een bloedverwant in de nederdalende linie is, en nu gaat het m. i. niet aan daaraan, op grond van de vooronderstelde bedoeling des wetgevers, nog eene andere niet in de wet genoemde voorwaarde toe te voegen, deze n.l. dat uitsluitend afstammelingen tot de nalatenschap geroepen worden. DIEPHUIS, t. a. p., 239.

het is ook waar, dat hij het regt heeft om dit te willen en om zijnen wil te doen nakomen. Maar het is even waar, dat hij, dit verlangende, in de eerste plaats voldoen moet aan de formaliteiten waaraan de wet de bevoegdheid, die zij hem geeft, onderwerpt. En de eerste vraag blijft dus nog altijd: wat zegt de wet? — En dan mag men niet uit het oog verliezen, dat deze, in den regel immers, den inbreng beveelt, en alleen onder zekere voorwaarde aan den erflater het regt geeft, om zijnen erfgenaam van deze verpligting te ontheffen. Derhalve inbreng is regel, vrijstelling uitzondering, die *eo ipso* dus is *strictissimae interpretationis*. En wanneer wij dit nu op de voorgestelde vraag toepassen, en als wij dan art. 1132 inzien, dan lezen wij dáár, dat de ouders de schenkingen, aan hunne kinderen gedaan, kunnen vrijstellen van inbreng, mits die vrijstelling uitdrukkelijk geschiede, of wel later bij authentieke akte of bij uitersten wil. Onder deze voorwaarde alleen kan de wil des erflaters gevolg hebben; hij heeft de wet gekend, en hij heeft dit moeten weten. Heeft hij nu niettemin goedgevonden, hetzij om de lastiger en meer omslagtige formaliteiten eener schenking te vermijden, hetzij om andere redenen, zijne ware beschikking onder eenen valschen naam te verbergen, dan heeft hij het zich-zelven te wijten, indien de wet, meer lettende op hetgeen geschied dan op hetgeen voorgewend is, de schenking erkent, en aan hare gewone bepalingen daarover onderwerpt, ook aan die van art. 1132. — Wat den tweeden grond door TOULLIER aan art. 918 *C. N.* ontleend betreft, behalve alles wat hiertegen ook onder den *Code* zou kunnen worden ingebragt, en ook werkelijk door de Fransche schrijvers ingebragt is, kan men zich bij ons althans daarop niet beroepen, omdat ons art. 969 alle vervreemding van eenig goed, hetzij onder den last eener lijfrente, hetzij met voorbehoud van vruchtgebruik, aan één der erfgenamen in de regte linie gedaan integendeel als eene gift beschouwt. Bij ons is als beginsel aangenomen, dat alle indirecte voordeelen, al zijn die ook onder den vorm eener overeenkomst onder bezwarenden titel verborgen, als schenkingen zijn te beschouwen, *quoniam plus actum, quam scriptum valet* (*l.* 4 *C. plus valere*); en zijn zij schenkingen, dan zijn zij ook

onderworpen aan inbreng, juist daarom, omdat de wet haar hiervan nergens vrijstelt. En nu voege men bij dit alles nog, dat alle verborgen handelingen, om datgene te doen, wat men openlijk had kunnen doen, altijd verdacht zijn, en slinksche bedoelingen of bedrog moeten doen vermoeden, zoodat het ongerijmd zoude zijn, eene verborgen schenking van beteren toestand te verklaren dan eene openbare. Zie voorts CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 843, 16; DURANT., VII, 327—336; DELV., III, 305—355; *Regtsk. Tijdschr. voor het Notaris-ambt*, II, 193—196. Het besluit is dus, dat de voordeelen, uit eene schenking genoten, ook moeten worden ingebragt, al ware zij in den vorm van eenen koop enz. ingekleed. Dit belet echter niet, dat het vooraf stellig moet bewezen zijn, dat er wezenlijk eene schenking bestaat, en dat dit bewijs dikwijls, vooral wanneer de handeling bij authentieke akte verleden is, zeer moeijelijk en somtijds onmogelijk zijn zal. — Zie voorts DE PINTO, *Adv.*, bl. 44—48 *a*).

2°. Het kind, dat uit eigen hoofde die nalatenschap ontvangt, behoeft de giften aan zijne ouders gedaan niet in te brengen, art. 1135, omdat inbreng alleen verschuldigd is door den begiftigde. Maar het kind, dat zijne ouders bij plaatsvervulling vertegenwoordigt, treedt voor het geheel in hunne plaats, al heeft het ook hunne erfenis verworpen, artt. 888, 895. Op dat kind gaan dus over al de lasten en verpligtingen, die op de ouders, indien zij geleefd hadden, ten aanzien van de grootvaderlijke nalatenschap, zouden gedrukt hebben. Het kind echter is, in dat geval, niet jegens zijne medeerfgenamen aansprakelijk voor de schulden zijner ouders. Zoodanig is de uitdrukkelijke beslissing van art. 1135. De reden van dit onderscheid is duidelijk. De inbreng geschiedt door het kind niet als erfgenaam, maar als zoon van zijnen vader, wat het blijft, ofschoon het zijne nalatenschap verwerpt. De schulden daarentegen worden alleen door de erfgenamen betaald, art. 1146, en de zoon, die de nalatenschap van zijnen vader verworpen heeft, wordt geacht nooit erfgenaam geweest te zijn, art.

---

a) Anders echter DIEPHUIS, t. a. p., 227—229. Zie ook OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 497—499.

1104. Zijn erfdeel is vervallen aan zijne mede-erfgenamen, of aan den volgenden graad van nabestaanden, art. 1105; en op deze is de verpligting overgegaan om de schulden te betalen. In het Fransche regt was omtrent dit punt niets beslist, en CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 848, 3, was van een ander gevoelen.

3°. Giften daarentegen aan den éénen echtgenoot door één der ouders van den anderen gedaan, zijn zelfs voor de helft niet aan inbreng onderworpen, al ware het ook, dat de geschonken voorwerpen in de gemeenschap vielen, art. 1136. De voordeelen, die deze laatste uit zulk eene schenking geniet, zijn niet zoo zeer het gevolg van die schenking, als van zijn uitdrukkelijk of stilzwijgend huwelijks-contract; en het is de begiftigde alleen, die tot inbreng gehouden is, art. 1132. — Maar omgekeerd en om dezelfde redenen moet de echtgenoot de giften hem door zijne ouders gedaan, al komen deze ook in de gemeenschap, geheel inbrengen.

4°. Volgens het Fransche regt was de inbreng verschuldigd door alle erfgenamen, die daarvan niet waren vrijgesteld, art. 843 enz. *C. N.* Het Romeinsche en het oud-Hollandsche regt vorderen dien alleen van kinderen en afstammelingen, *l.* 1 *pr. D. de coll.;* VOET, *ad h. tit.* 1. En zoo ook bij ons. Alle andere erfgenamen moeten de schenkingen inbrengen, doch alleen indien de erflater of schenker dit uitdrukkelijk heeft bevolen of bedongen, art. 1132; b e v o l e n, bij uitersten wil; b e d o n g e n, bij de akte van schenking. De reden, waarom kinderen en afstammelingen tot inbreng gehouden zijn, bestaat niet bij andere erfgenamen. Er is geen reden om te vooronderstellen, dat de erflater aan deze allen dezelfde liefde of genegenheid toedraagt, en het is zelfs waarschijnlijk, dat hij hem, aan wien hij eene schenking gedaan heeft, boven zijne mede-erfgenamen heeft willen begunstigen.

§ 658. Moet dit alles ook door de erfgenamen in de zijdlinie of door vreemden worden ingebragt, al is de inbreng daarvan niet bedongen of bevolen? — Men zou dit welligt uit de algemeene bewoordingen van art. 1142 kunnen opmaken. Evenwel bestaat hier dezelfde reden van onderscheiding als in art. 1132; en het schijnt bovendien, dat de wet in art. 1142 meer bepaald

Betaling der schulden.

§ **666.** De regel: *secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi*, *quem sequuntur incommoda* (*L.* 10 *D. R. J.*), brengt mede, dat de erfgenamen, die in het genot treden van al de goederen, regten en regtsvorderingen van den overledene, art. 880, ook al zijne schulden betalen moeten. Deze regel brengt ook mede, dat ieder hunner daarin dragen moet naar evenredigheid van zijn aandeel in de winsten. Dit belet echter niet, dat de erflater het regt heeft, dezen of genen zijner erfgenamen een grooter of kleiner aandeel in eene schuld aan te wijzen, of hem alleen daarmede te belasten, art. 1336. Het belet ook niet, dat de erfgenamen bij de boedelscheiding of bij eene andere overeenkomst kunnen bepalen, dat de één met een grooter of kleiner aandeel in de schulden zal belast blijven dan de ander; en dat tusschen hen zoodanige verdeeling verbindend is. Den schuldeischers gaat dit echter niet aan; zij behouden hun regt tegen iederen erfgenaam, naar evenredigheid van zijn erfregt, waarvoor hij persoonlijk aansprakelijk blijft. Eene eigenlijke verdeeling der schulden komt daarom ook niet te pas. De wet zelve doet dit. De eerste afdeeling van dezen titel, handelende over de acte van boedelscheiding, heeft dan ook alleen de baten van den boedel op het oog, terwijl hier in eene afzonderlijke afdeeling geregeld wordt de wijze hoe de erfgenamen zullen moeten voorzien in de betaling der schulden. De gewone wijze van verdeeling echter brengt mede, dat eerst door de betaling der schulden uit de baten der nalatenschap, deze wordt tot effenheid gebragt, en dat men daarna het overschietende scheidt en deelt. Zie echter een arrest van den hoogen raad van 25 April 1873, *Weekbl.* n°. 3579, waarbij deze zeer eenvoudige beginselen op eene zonderlinge wijze zijn over het hoofd gezien.

De schuldeischer, die het door een der erfgenamen verschuldigd aandeel in de vordering op dezen niet kan verhalen, heeft geen regt daarvoor de andere erfgenamen aan te spreken. Het regt, om het aandeel van de onvermogenden over de anderen om te slaan, wordt bij art. 1150 j°. 1149 alleen gegeven aan den erfgenaam,

die meer dan zijn aandeel in de hypothecaire schuld betaald heeft. De schuldeischer kan echter tegen zulk nadeel waken, door zich tegen de scheiding te verzetten, art. 1113, in welk geval hij zijne aanspraak op de geheele onverdeelde nalatenschap behoudt.

§ **667.** Zie boven, *ad* § 580.

§ **668.** De schuldeischers der nalatenschap kunnen groote nadeelen lijden door de vermenging der beide boedels, indien een erfgenaam, die met schulden overladen is, niets of weinig bezit. Het is dus billijk, dat zij vooraf uit de goederen der nalatenschap betaling erlangen. Die goederen toch zijn oorspronkelijk hun pand geweest (artt. 1177, 1178), en het was alleen in dat vooruitzigt, dat zij den overledene crediet hebben verleend. De schuldeischers van den erfgenaam kunnen zich daarentegen over dien maatregel niet beklagen. Hun toestand wordt in geen geval erger dan die te voren was; hij kan beter worden, als na de voldoening der eerstgenoemden nog iets overblijft, en anders blijft hij volkomen dezelfde; want zij hebben nooit op de goederen van den erflater eenige regten gehad. — Zie voorts over dit onderwerp en bepaaldelijk over de actie tot afscheiding, en den vorm van procederen daarbij in acht te nemen, *Themis*, 1842, bl. 157—171.

Die acte wordt ingesteld niet tegen den erfgenaam, die daarbij geen belang heeft, maar tegen zijne schuldeischers. Wil dat zeggen, dat zij niet anders dan tegen alle de gezamenlijke schuldeischers kan worden ingesteld, en dus b.v. niet tegen één hunner? Dit zou inderdaad eene groote ongerijmdheid zijn, omdat men dan, om van het middel gebruik te maken, zou verpligt zijn om alle de schuldeischers van den erfgenaam te kennen; en de wet zou, indien dit hare bedoeling ware, eene actie geven, doch tevens het gebruik daarvan zoo goed als onmogelijk maken. Dit nu mag niet verondersteld worden; en het blijkt dan ook volstrekt niet, dat men eenige verandering heeft willen maken in het bepaalde bij art. 878 *C. N.*, dat het middel gaf tegen *tout créancier*, en waaronder derhalve zelfs de vraag niet mogelijk was. Of nu de schuldeischer, door zijne actie niet tegen allen te gelijk te rigten, het doel der afscheiding al of niet bereiken zal, dat moet

hij zelf beoordeelen; want het spreekt van zelf, dat het vonnis alleen kan worden tegengeworpen aan hen, tegen wie het verkregen is. De gedaagde eindelijk kan door het instellen der actie, afzonderlijk tegen hem, niet benadeeld, maar wel bevoordeeld worden, omdat, indien zijne mede-schuldeischers van het regt, dat zij behouden, gebruik maken om hun regt op de goederen der nalatenschap uit te oefenen, de afzonderlijke goederen van den erfgenaam zoo veel te meer waarborg voor hem zullen opleveren. Zie DURANTON, VIII, 467. Anders *Themis*, t. a. p., 164—171.

Vernietiging.

§ **669.** 3°. De gelijkheid moet aan elke verdeeling tot grondslag liggen. Waar deze dus gekrenkt is, behoort de verdeeling te worden vernietigd.

§ **670.** 1°. Omdat de vernietiging alleen kan gevraagd worden van eene wezenlijke boedelscheiding.

2°. Dit toch is geene scheiding, maar eene geoorloofde kansovereenkomst, waarin ieder der partijen gelijkelijk de kansen van winst of verlies heeft geloopen, art. 1811 *a*).

§ **672.** De *C. N.* had voor deze regtsvordering geene bijzondere verjaring bepaald. De reden is, zoo als voor meer andere korte verjaringen, om de eigendommen niet te lang in het onzekere te laten.

§ **673.** Ook deze bepaling is nieuw; men heeft gevreesd, dat anders deze afstand in een gewoon formulier zou ontaarden, en in elke akte van scheiding als zoodanig worden opgenomen.

Boedelscheiding door den vader, de moeder of andere bloedverwanten in de opgaande linie tusschen hunne afkomelingen gemaakt.

§ **674.** Dit regt wordt aan de ouders gegeven, ten einde de

a) Verkoop van erfregt is ook geen kans-overeenkomst, als bedoeld bij art. 1811, maar draagt het karakter van een koopcontract, waaromtrent de artt. 1578 vlg. nadere voorschriften bevatten. Daarvan kan derhalve, naar den algemeenen regel van art. 1485, o. a. ter zake van bedrog, de vernietiging gevorderd worden. Art. 1164 had veilig achterwege kunnen blijven. OPZOOMER, *B. W.* t. a. p., 478, noot 1.

twisten, die zoo dikwijls bij gelegenheid van boedelscheidingen ontstaan, te voorkomen, LOCRÉ, V, 335. Wanneer de nalatenschap op deze wijze door de ouders verdeeld is, behoeft er geene verdere scheiding plaats te hebben, al zijn ook de kinderen minderjarig, en op deze wijze kunnen dus altijd de formaliteiten van art. 1117—1126 worden vermeden. En daarom vooral zijn deze voorschriften nuttig. Want het spreekt van zelf, dat de erflater ook tusschen andere erfgenamen, als zijne kinderen en afstammelingen, zulk eene verdeeling maken kan. Hij kan hun zoo veel of zoo weinig maken, als hij wil, hij behoeft hen zelfs in het geheel niet in te stellen. Maar wil hij dat doen, dan spreekt het van zelve, dat hij ook aan ieder van die onverpligte erfgenamen kan geven die bepaalde goederen, die hij daartoe aanwijst; hij kan het meerdere, en dus ook het mindere. DELV., III, 399 *a*). De ouders kunnen bij de verdeeling het ééne kind boven het andere bevoordeelen, mits: 1°. aller wettelijk erfdeel ongeschonden blijve; 2°. daarbij geen hunner voor meer dan één vierde benadeeld worde; in welke beide gevallen de verdeeling kan worden betwist, en bij gevolg vernietigd, art. 1170.

TITEL XVII.

VAN ONBEHEERDE NALATENSCHAPPEN.

(Artt. 1172—1176. EERSTE GEDEELTE, § 676, 677; bl. 175, 176.)

Geschriften: ASSER, 400—402; VOORDUIN, IV, 324—328; DIEPHUIS, V, 309—321; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 511—519; LOKE, 771—774.

§ **676**. De nalatenschap wordt als onbeheerd beschouwd, indien zij is verworpen door de bekende erfgenamen. Daaruit volgt, dat de schuldeischers dadelijk eenen curator kunnen doen benoemen, zonder dat het noodig is, dat zij de bloedverwanten

---

a) Anders echter DIEPHUIS, t. a. p., 300 en 301, en OPZOOMER, *B. W.*, 480, noot 3.

in den volgenden graad eerst aanspreken, aan wie, volgens art. 1105, de nalatenschap zou vervallen. De schuldeischers zouden zoo doende aan te veel ongelegenheden en onkosten worden blootgesteld, want moeten zij den tweeden, dan moeten zij ook den derden graad aanspreken, en zoo voorts, totdat alle bloedverwanten binnen den twaalfden graad (art. 908) haar zullen hebben verworpen. Dit alles zou slechts noodelooze omslag en kosten zijn. Wanneer de bekende erfgenamen hebben verworpen, wordt er een curator benoemd. Willen nu de erfgenamen in den volgenden graad aanspraak maken op de erfenis, dan staat het hun vrij om op te komen, en de curatele te beletten, of te doen ophouden, art. 1174. Trouwens deze gevallen zijn uiterst zeldzaam, omdat bijna geene erfenis wordt verworpen, die niet geheel insolvent is. CHABOT DE L'ALLIER, *ad* art. 811; TOULLIER, IV, 397.

§ **677**. De curator wordt benoemd, omdat er iemand wezen moet, tegen wien de schuldeischers en legatarissen kunnen handelen, om hunne regten te doen gelden, en die de belangen der onbeheerde nalatenschap waarneemt en des noods verdedigt.

5°. Ofschoon de woorden regtsvorderingen, TEGEN de nalatenschap aangevangen, waarvan het artikel zich bedient, meer bepaaldelijk doen denken aan zaken, waarin de boedel als gedaagde wordt aangesproken, spreekt het evenwel van zelf, dat de curator, die in alles de nalatenschap vertegenwoordigt, ook voor haar eischende in regten kan optreden, gelijk dat zoowel zijne algemeene verpligting om te beheeren, als ook die om alle regten van den overledene uit te oefenen en voort te zetten, van zelve medebrengt.

9°. Deze in-bezit-stelling is slechts provisioneel, omdat, volgens art. 882, de *petitio hereditatis* eerst na verloop van dertig jaren verjaart. Indien er zich dus binnen dien tijd nog erfgenamen aanmelden, dan kunnen zij de nalatenschap opvorderen van den staat. — De staat kan zich in het bezit doen stellen drie jaren nadat de nalatenschap is opengevallen, nïet na de benoeming van den curator. Is de nalatenschap niet vacant verklaard, en is er geen curator benoemd, dan behoeft de staat zelfs

geene drie jaren te wachten, om zich in het voorloopig bezit te doen stellen; want op dit geval alleen ziet art. 1175 *a*).

TITEL XVIII.

VAN BEVOORREGTE SCHULDEN.

(Artt. 1177—1195. EERSTE GEDEELTE, § 678—685, bl. 176—179.)

Geschriften: ASSER, 402—418; VOORDUIN, IV, 328—415; DIEPHUIS, V, 322—378; OPZOOMER, II, 221—226; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 523—571; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 577—676; *Regtsg. Bijdr.*, II, 245—248.

Bevoorregte schulden in het algemeen.

§ **678.** De bepalingen van art. 1177 en 1178 zijn niet anders dan eene inleiding tot dezen en de twee volgende titels. Elk schuldenaar is tot de nakoming zijner verbindtenissen verpligt. Hij kan tot die nakoming in zijnen persoon (door burgerlijke gijzeling) echter niet worden genoodzaakt dan in enkele uitgezonderde gevallen, die in het Wetb. van Burg. Regtsv. (artt. 585, 586) worden opgenoemd. Maar alle goederen van den schuldenaar zijn daarentegen voor zijne persoonlijke verbindtenissen aansprakelijk, onverschillig uit welke oorzaak die verbindtenissen, hetzij uit overeenkomst (*ex contractu*), hetzij uit kracht der wet (*quasi ex contractu*, *ex delicto*, *quasi ex delicto*) ontstaan zijn. Al de goederen zijn de gemeenschappelijke waarborg voor al de schuldeischers, zonder eenig onderscheid op welken tijd die verbindtenissen zijn aangegaan, zonder dat de vroegere schuldeischers meer regten hebben dan de latere; zonder dat hij,

---

a) Eene andere zienswijze huldigt OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 515, noot 3. Art. 1175 vordert het afleggen van de slotrekening aan den staat. Schr. leidt hieruit af, dat de staat eerst daarna bevoegd is tot inbezitneming der nalatenschap, en dat derhalve het bestaan van een curator, en het afloopen zijner werkzaamheid, waarvan de uitslag uit de slotrekening blijkt, eene voorwaarde is voor de bevoegdheid van den staat tot die inbezitneming. Is er nog geen curator benoemd, dan zal de staat zelve krachtens art. 1173, zijne benoeming moeten vorderen.

die het eerste beslag op de goederen gelegd heeft, zijne geheele betaling kan erlangen, indien de opbrengst niet toereikende is, tot volkomen kwijting van al de schulden waarvoor beslag gelegd is.

§ **680**. Volgens het Fransche regt, daarentegen, ging privilegie boven hypotheek, art. 2095 *C. N.*, zie ook J. VAN RIEMSDIJK, *Diss. de priv. qu. habet locator rei immobilis, sec. princ. jur. civ. hod.*, L. B. 1835, 6, 11. — Bij ons is men tot het tegenovergesteld beginsel teruggekeerd, dat ook in onze oude regten gegolden had. VOET, *ad tit. D. qui pot. in pign.* 36; MATTHAEUS, *de auction.*, I, 19, 10. Wanneer privilegie den voorrang heeft boven pand of hypotheek, dan ziet de pand- of hypotheekhouder zich de zekerheid, die hij voor zijne inschuld wettig bedongen heeft, en die hem alleen heeft doen besluiten om aan zijnen schuldenaar crediet te geven, ontnemen, enkel en alleen omdat deze later eene andere schuld aangaat, die hij niet heeft kunnen voorzien. Dit strekt niet alleen tot groot nadeel der schuldeischers, maar het heeft nog ten gevolge, dat zeer weinigen het wagen durven geld op pand of hypotheek te schieten, en dat dus zij, die zich tijdelijk in geldelijke ongelegenheid bevinden, genoodzaakt zijn zich van hunne eigendommen tegen eenen geringen prijs te ontdoen. De geprivilegieerde schuldeischer heeft zich niet te beklagen, als hij zijne regten niet kan verhalen op die goederen, die later in pand of hypotheek zijn uitgegeven. Hij heeft van den beginne af aan den schuldenaar een persoonlijk vertrouwen moeten schenken. Immers deze bleef meester, om zijne goederen geheel te vervreemden, en *a fortiori* om die te bezwaren. Wanneer dus de schuldeischer, die het één en het ander kon vooruitzien, vreesde, dat hem daardoor welligt geene genoegzame zekerheid zou overblijven, dan had het hem vrijgestaan, ook nog, boven en behalve zijn privilegie, voor zich pand of hypotheek te bedingen.

Privilegie.

§ **681**. Het privilegie ontstaat te gelijk met de schuld zelve, alleen uit kracht der wet. Het is een noodzakelijk gevolg van de

schuld, dat niet behoeft bedongen te worden, en aan geene inschrijving of eenige andere formaliteit onderworpen is. Het verschilt in deze twee opzigten voornamelijk van hypotheek. Zie beneden, *ad* § 698, 706. Zie ook Locré, VIII, 248.

Tusschen enz. De dag van het ontstaan der schuld komt hier dus volstrekt in geene aanmerking. Bij voorb. de wet stelt de begrafeniskosten boven het loon van dienst- en werkboden, art. 1195. Deze laatsten kunnen dus het loon niet vorderen, vòòrdat de begrafeniskosten geheel zijn afbetaald, ofschoon ook hunne vordering vroeger ontstaan zij.

§ **682**. De eerste, enz. Voor de eersten zijn zekere bepaalde goederen verbonden, en deze goederen keeren dus niet in den algemeenen boedel terug, *nisi deducto aere alieno;* doch wanneer eenmaal het bijzondere privilegie voldaan is, dan hebben de overige geprivilegieerden regt op het overschot. Bij voorb. A verkoopt eene zekere hoeveelheid roerende goederen aan B voor *f* 10,000; de koopprijs wordt niet betaald; A heeft dus, volgens art. 1185, privilegie op die goederen. Stel dat deze bij weder-verkoop opbrengen *f* 11,000. A ontvangt eerst zijne *f* 10,000, de overige *f* 1000 komen in den gemeenen boedel, en daaruit worden vervolgens de schuldeischers, die een algemeen privilegie hebben, volgens art. 1195, betaald.

§ **683**. Het voorregt van 's Rijks schatkist wordt o. a. geregeld bij de wetten van 26 Augustus 1822 (*Stbl.* n°. 38), van 22 Mei 1845 (*Stbl.* n°. 22), en bij andere speciale wetten voor verschillende soorten van belasting. — Uit het artikel volgt voor het overige niet, dat bij plaatselijke verordeningen aan de gemeenten voorrang kan worden verleend voor de door haar geheven belastingen. Het burgerlijk regt is een onderwerp uitsluitend van rijks-belang en kan alleen van de wetgevende magt des rijks uitgaan, art. 146 Gr. Privilegie is daarenboven een regt door de wet verleend. Wanneer dus hier gesproken wordt van verordeningen, dan worden daarmede uitsluitend bedoeld de in 1838, krachtens art. 222 Gr. 1815, nog geldende polder- of andere waterstaats-reglementen. Zie meer hierover *Themis*, 1835, bl. 18—37, 1870; bl. 19—31; *Weekbl.* n°. 2752, en arrest

van den hoogen raad van 10 Februarij 1871, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXV, 466—492 *a*).

Voorregten gevestigd op zekere bepaalde goederen.

§ **684.** 1°. Deze kosten geschieden in het gemeenschappelijk belang van alle schuldeischers. Zonder die kan men tot het genot van geen voorregt hoegenaamd geraken, en het is daarom, dat zij vóór alle andere schulden betaald worden. Het voorregt wordt echter uitsluitend gegeven voor de geregtskosten, veroorzaakt door de uitwinning, en dus niet voor de kosten van het vonnis, die men heeft moeten maken, om tot de uitwinning te kunnen geraken *b*).

2°. Het privilegie van den verhuurder is niet beperkt tot de goederen van den huurder, maar strekt zich evenzeer uit tot de goederen van anderen, die zich in of op het gehuurde bevinden. Intusschen is niet alles, wat zich in of op het gehuurde bevindt, daaraan onderworpen, maar integendeel alleen datgene, wat tot bebouwing of stoffering daarvan dient, zoodat b. v. op de goederen aan den huurder in bewaring gegeven en mitsdien niet dienende tot zijn gebruik, of op die, welke behooren tot eenen winkel of op eene andere wijze dienen tot uitoefening van een beroep of nering, door den verhuurder zijn regt van privilegie niet kan worden uitgeoefend. Dat voor het overige het regt van den verhuurder niet verloren gaat, wanneer de goederen, die hem tot pand dienen, buiten zijne toestemming vervoerd zijn, leert art. 1188. Zie meer daarover *Handl. tot het W. van B. R.*, *Aant. ad* § **544**, waar tevens is aangetoond, dat het middel van pandbeslag alleen kan worden aangewend voor verschenen, niet voor nog te verschijnen huren, onverschillig of de goederen zich

---

a) Anders OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 560—565.

b) De kosten om dat vonnis te verkrijgen en die van het vonnis zelve zijn daaronder niet begrepen, omdat zij alleen ten doel hebben den schuldeischer, uitsluitend in zijn eigen belang, een executorialen titel te verschaffen. De kosten daarna gemaakt om tot de uitwinning te geraken zijn daarentegen wel bevoorregt boven andere vorderingen, omdat deze ten doel hebben het goed te gelde te maken, en dus ook in het belang van de overige schuldeischers strekken, die daardoor in de mogelijkheid komen op de opbrengst ook hunne vordering te verhalen.

nog in het verhuurde bevinden, of daaruit zonder toestemming van den huurder, vervoerd zijn. Dit wordt dan ook in art. 758 W. van B. R. duidelijk gezegd en ligt bovendien in den aard der zaak, zonder dat dit in het allerminst wordt wedersproken door de bepaling van art. 1189, dat, indien het leert, dat het regt van den verhuurder zich uitstrekt tot de vervallen huurpenningen van de drie laatste en van het loopende jaar, èn uit zich zelven, èn uit het verband met het bepaalde bij art. 758 W. v. B. R., duidelijk blijkt alleen te bedoelen die huurpenningen, die, op het oogenblik van het beslag, werkelijk vervallen, d. i. verschuldigd en verschenen zijn; gelijk dan ook dit geheele artikel veeleer is geschreven, om het regt van den verhuurder, dat anders zou kunnen worden ingeroepen voor alle achterstallige huurpenningen, te beperken, dan om het uit te breiden. Anders echter *Regtsg. Adv.*, III, 98—102.

Het voorregt van den verhuurder gaat, gelijk wij zoo even zagen, niet verloren, als de goederen buiten zijne toestemming uit het verhuurde vervoerd zijn; de verhuurder behoudt daarop zijn voorregt, al waren zij aan eenen derde door inpandgeving, of op eene andere wijze verbonden, zoo als zich art. 1188 uitdrukt. Maar wat nu, als zij aan eenen derde zijn verkocht? Men zou verkeerd doen met uit deze laatste woorden af te leiden, dat door verkoop het pandregt van den verhuurder wel verloren gaat. De *ratio legis* zal wel minstens evenzeer op het geval van verkoop als op dat van pand hare toepassing vinden; maar ook de woorden van het artikel, indien men ze aandachtig beschouwt, leiden tot dezelfde beslissing. Immers het artikel vangt aan met te zeggen, dat de verhuurder de goederen kan in beslag nemen, namelijk om daarop zijn pandregt uit te oefenen, indien zij buiten zijne toestemming VERVOERD zijn; dat nu is zoo algemeen mogelijk, en het sluit in zich het geval van verkoop, zoo goed als ieder ander. Het is dus reeds daaruit duidelijk, dat, wanneer later van pand uitdrukkelijk wordt melding gemaakt, dit niet anders dan als een voorbeeld kan beschouwd worden. Daaraan kan eindelijk nog te minder twijfel bestaan, indien men de reden kent, waarom die woorden: al waren, enz., die noch in

art. 1221 Wetb. 1830, noch in art. 2102 *C. N.*, waaraan de bepaling ontleend is, voorkomen, in het artikel gekomen zijn. De reden was deze: pand en hypotheek gaan boven privilegie, indien de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt, art. 1180; en nu, meende men, zou de pandhouder, niet geheel zonder grond, kunnen beweren uit de opbrengst van zijn pand te moeten betaald worden vóór den verhuurder, die slechts privilegie en geen pand heeft, indien voor dit geval niet uitdrukkelijk in de wet zelve eene uitzondering op den regel van art. 1180 wierd opgenomen. Dit wilde men voorkomen. Daartoe dient de uitbreiding, die het artikel ondergaan heeft, doch volstrekt niet om het geval van verkoop uit te sluiten; of liever om den verhuurder zijn regt te doen verliezen door een verkoop, die altijd onbehoorlijk, meestal opzettelijk *in fraudem* zijner regten, en geheel bedriegelijk en fictief is *a*).

De kosten van reparatie, enz. Men zou kunnen vragen, hoe lang het voorregt voor het daarvoor verschuldigde voortduurt? — Art. 1189 toch beperkt het tot de drie laatste en het loopende jaar, doch alleen voor de huur- en pachtpenningen; en in eene vroegere redactie volgde in eene slotbepaling van het artikel nog: »dezelfde voorrang heeft plaats voor de reparatiën, enz.," overeenkomstig art. 2102 *C. N.;* doch nu deze bepaling is weggevallen, en er dus geen tijd voor dat voorregt bepaald is, zou men het er welligt voor kunnen houden, dat dit duurt zoo lang als de vordering zelve. Intusschen zou hiervoor moeijelijk eene reden te geven zijn. De *ratio legis* van de in art. 1189 opgenomen beperking toch is, dat de verhuurder het anders in zijne magt zou hebben, het aan hem verschuldigde ten nadeele van andere schuldeischers te laten oploopen; en deze reden geldt zoowel voor het ééne als voor het andere. Bovendien is het betalen van den huurprijs de hoofdverpligting van den huurder, art. 1596. Al het overige zijn slechts *accessoria* hiervan, en eindelijk zijn de reparatiën, waartoe de huurder verpligt

a) Anders echter Opzoomer, t. a. p., ad art. 1188. Zie ook *Themis* 1849, bl. 28 vlg., en 1888, bl. 7 vlg.

is, gewoonlijk zeer gering (artt. 1619, 1620), zoodat het niet waarschijnlijk is, dat men den verhuurder daarvoor een grooter voorregt heeft willen geven dan voor de hoofdverpligting. Heeft de huurder zich daarentegen tot zwaarder lasten bij de overeenkomst verbonden, dan treden deze in de plaats van de huur, die in evenredigheid minder is. Het schijnt dus, dat de zoo even gemelde slotbepaling alleen is weggelaten, omdat de zaak van zelve sprak, en reeds in art. 1189 opgesloten lag.

c. Onverschillig, enz. Want, indien het een noodzakelijk vereischte was, dat de hier bedoelde voorwerpen aan den huurder moesten toebehooren, dan zou niets gemakkelijker zijn dan den verhuurder, door zamenspanning en bedrog, zijn voorregt te ontnemen. Zoo was het dan ook door de meeste schrijvers over den *C. N.* verstaan, ofschoon deze zich daarover niet had uitgelaten, en daartegen juist daarom zeer gewigtige bedenkingen konden gemaakt worden. Zie VAN RIEMSDIJK, aang. *Diss.*, 32, *sqq.* — Uit de tegenwoordige bepaling volgt van zelf dat de verhuurder zijn voorregt ook kan doen gelden op de voorwerpen, die zich bevinden in of op het gedeelte van het verhuurde goed, dat door den huurder aan een ander wettig in huur is afgestaan. Volgens het tweede lid van art. 1186 heeft hij dit regt intusschen alleen in evenredigheid van het door den tweeden huurder overgenomen gedeelte, en voor zoo verre de laatstgemelde niet mogt kunnen aantoonen zijne huurpenningen, volgens de overeenkomst, te hebben voldaan.

Kosten van den oogst. Men heeft gevraagd, of onder de kosten van den oogst ook de mestspeciën begrepen waren? Één lid van de commissie van redactie meende van ja, andere leden van diezelfde commissie meenden van neen. Eene afdeeling had daarom verlangd, en men kwam daarop bij de mondelinge beraadslaging terug, dat de mestspeciën uitdrukkelijk in het artikel zouden worden vermeld. Daar dit nu echter niet geschied is, zoo spreekt het van zelf, dat de geleverde mestspeciën met iedere andere inschuld gelijk staan, en dat daarvoor geen voorregt gegeven wordt.

3°. Zoo zij zich nog, enz. Het voorregt houdt dus op,

indien de goederen door den kooper vervreemd of verpand zijn, en zelfs wanneer hij ze op reis heeft medegenomen en in eene herberg gebragt. In al deze gevallen bevinden zij zich niet meer in zijne handen. De verkooper heeft dus niets meer, waarop hij zijn voorregt kan uitoefenen *a*).

Zoo evenwel, enz. De verhuurder, die niet heeft kunnen weten, dat deze voorwerpen nog onbetaald waren, heeft die natuurlijk moeten beschouwen als zijn onderpand, zonder hetwelk hij niet in de huur zou hebben toegestemd.

Ten ware, enz. Want dan bestaat de gezegde reden niet meer, om zijn voorregt boven dat van den verkooper te stellen, en hij moet dus geacht worden genoeg vertrouwen in den huurder gesteld te hebben, om van dat onderpand af te zien.

4°. En deze kosten hebben altijd den voorrang ook boven andere bevoorregte schulden, waarmede zij te zamen loopen, indien zij gemaakt zijn na het tijdstip, waarop de overige bevoorregte schulden zijn geboren, art. 1194. Deze kosten toch zijn gemaakt in het belang inzonderheid van die schuldeischers, die een voorregt op de alzoo bewaarde zaak hebben, omdat deze hunnen waarborg onherroepelijk zouden hebben verloren, indien men de zaak had laten vergaan.

5°. Hij mag bovendien dat goed onder zich houden, totdat hij ten volle voldaan is, tenzij de eigenaar voor die kosten en arbeidsloonen genoegzame zekerheid hebbe gesteld, art. 1652.

6°. Drie omstandigheden moeten dus te zamen loopen, om aan den herbergier dat voorregt te verzekeren: 1°. de goederen moeten in zijne herberg zijn gebragt; 2°. zij moeten daarin gebragt zijn door eenen reiziger, en het voorregt bestaat dus niet, wanneer een inwoner uit de stad, waarin zich de herberg bevindt, dáár gekomen is om te eten, of om andere kleine verteringen te

---

a) Dat het voorregt zou verloren gaan, wanneer de kooper het goed op reis medeneemt of in eene herberg brengt, acht ik onjuist. Het goed moet geacht worden zich in handen van den schuldenaar te bevinden, zoolang deze daarvan eigenaar is. Het voorregt gaat dus zelfs door inpandgeving van het goed niet verloren; de kooper toch verliest daardoor den eigendom niet. DIEPHUIS, *N. B. R.*, 623 en 624; OPZOOMER, t. a. p., 539, noot 2.

maken. Om dezelfde reden kunnen koffijhuishouders of tappers daarop geene aanspraak maken, omdat zij niet gewoon zijn reizigers bij zich te ontvangen, immers niet in hunne hoedanigheid van koffijhuishouder of tapper; bovendien iets anders is een herbergier, iets anders een koffijhuishouder of tapper, zie *Regtsg. Bijdr.*, X, 562—574; 3°. moeten de leveranciën door den herbergier als zoodanig gedaan zijn; is hij dus te gelijk huurkoetsier of paardenkooper, enz., dan strekt zich zijn voorregt niet uit tot hetgeen hij in ééne van deze hoedanigheden van den reiziger mogt te vorderen hebben. Het is echter niet noodig, dat de goederen door den reiziger medegebragt hem toebehooren; genoeg is het, dat hij ze in de herberg gebragt heeft. De herbergier, die gewoonlijk de lieden, die hij bij zich ontvangt, niet kent, en dus hunne gegoedheid voornamelijk moet beoordeelen naar hetgeen zij met zich voeren, zonder met eenige mogelijkheid te kunnen onderzoeken, of deze goederen hun in eigendom toebehooren, zou, indien het anders ware, niet den minsten waarborg voor zijne vorderingen hebben, en aan de schandelijkste bedriegerijen blootstaan. Zoo dikwijls hij zijne regten op die goederen wilde verhalen, zou men hem kunnen tegenwerpen, dat zij de eigendom van een ander waren. Art. 2102 *C. N.* sprak van *effets du voyageur;* en deze woorden hadden, ofschoon klaarblijkelijk tegen de bedoeling van den wetgever, wel eens aanleiding gegeven tot eene andere beslissing. Zie Durant., XIX, 130; Persil, *Quest. sur les priv. et hyp.*, p. 19, 20 (*éd. Brux.* 1834). Het voorregt van den herbergier eindelijk duurt voort, zelfs nadat de ingebragte goederen weder uit de herberg zijn weggevoerd; de wet onderscheidt niet. Het bewijs voor de eenzelvigheid der goederen, dat natuurlijk door den herbergier moet geleverd worden, moge na het vervoer moeijelijk zijn; maar die moeijelijkheid van het bewijs kan in den aard van het regt geene verandering maken.

8°. Dit is het eenige geval, waarin onze wet privilegie op onroerende goederen kent; de vier overigen, bij art. 2103 *C. N.* vermeld, zijn dus vervallen. Over het algemeen zouden deze stilzwijgende privilegiën op onroerende goederen weinig strooken

met het nieuwe hypothécaire stelsel, waaraan het beginsel van openbaarheid in veel ruimere mate dan aan het Fransche tot grondslag ligt. De verkoopers, de geldschieters, enz. hebben dan ook dat voorregt niet volstrekt noodig, om hunne regten te verzekeren, vermits het hun altijd vrijstaat daarvoor hypotheek te bedingen *a*). Anders is het gelegen met de werklieden, waarvan hier gesproken wordt. De som, waarvoor eene hypotheek bedongen wordt, moet zeker en bij de akte bepaald zijn, art. 1221; en de hoegrootheid der som die die werklieden wegens loonen en leveranciën zullen te vorderen hebben, is meestal vooraf moeijelijk te bepalen. Om deze reden is in dit enkele geval het privilegie behouden *b*). Het werkt zelfs zonder inschrijving, en verschilt juist hierin ook van hypotheek. Dit was ook niet meer noodig, omdat het slechts bestaat z o o l a n g h e t p e r c e e l d e e i g e n d o m v a n d e n s c h u l d e n a a r i s g e b l e v e n. Derden kunnen dus daardoor nimmer benadeeld of misleid worden; en daartoe strekt juist deze beperking, omdat hij, die een onroerend goed koopt, onmogelijk weten kan, of de verkooper nog gelden wegens aanbouw, opbouw of reparatiën verschuldigd is.

Voorregten op alle de goederen.

§ 685. Dit privilegie, dat in het Romeinsche regt boven alle anderen ging (*l.* 45 *D. de relig.*), is zijn oorsprong aan een beginsel van menschelijkheid verschuldigd. Men kan, om zulke geringe sommen, als gewoonlijk voor de begrafeniskosten vereischt worden, den stervende de hoop niet benemen, dat zijn lijk

---

a) Voor den verkooper is bovendien nog gezorgd door het regt hem toegekend bij art. 1227.

b) De juistheid van de hier voor dit privilegie gegeven reden betwijfel ik. Immers volgens art. 1221, 2e lid, staat voor de werklieden de weg open om vooraf bij benadering het maximum te begrooten van hetgeen zij vermoedelijk wegens loonen en leveranciën zullen te vorderen hebben en daarvoor hypotheek te bedingen. Maar gelijk Diephuis, t. a. p., 645, opmerkt: „Zij kunnen toch kwalijk met zoodanig beding en een daarin opgesloten blijk van wantrouwen beginnen, wat den eigenaar misschien aanleiding zou geven om het werk aan anderen op te dragen; en zoo zij na de voltooijing van het werk eene vroeger niet toegezegde hypotheek vroegen, zou daarop kwalijk kunnen worden gerekend.” Daarin ligt naar het mij voorkomt, de regtvaardiging van het voorregt.

op eene eerlijke wijze ter aarde zal besteld worden, hetgeen toch het geval zou zijn als men hun, die daartoe hunne diensten moeten verleenen of leverenciën doen, geene volkomen zekerheid kon geven, dat zij daarvoor betaling zouden erlangen. LOCRÉ, VIII, 257.

Behoudens, enz. Deze bevoegdheid, waarvan art. 2101 *C. N.* niet sprak, werd aan den regter echter door bijna alle schrijvers toegekend. Zie b. v. DURANT., XIX, 47. — De regter moet dit regt hebben, zelfs als de erflater eene te kostbare begrafenis bevolen heeft. Ons artikel onderscheidt niet. Zie ook *l.* 14, § 6 *D. eod.* *a*).

3°. Dit privilegie berust op denzelfden grond als het voorgaande. Zie LOCRÉ, t. a. pl. De laatste ziekte is de ziekte, die door den dood is gevolgd, of waaraan de schuldenaar is overleden, en niet de ziekte, waardoor hij het laatst is aangetast, misschien eenige maanden of jaren vóór zijnen dood. Dit volgt uit de gewone beteekenis in het dagelijksch leven aan de woorden laatste ziekte gegeven, en ook uit de *ratio legis*. Die kosten maken een deel uit van de *impensae funerariae*, en worden daarmede gelijk gesteld. Zie meer *Regtsg. Bijbl.*, VIII, 159, 160, en de daar aang. schrijvers *b*).

---

a) De bedoeling van deze bepaling schijnt niet te zijn om den regter de bevoegdheid toe te kennen die begrafeniskosten, zoo zij werkelijk gemaakt zijn, te verminderen, en zoodoende den schuldeischer een deel zijner vordering te ontzeggen, maar alleen om zoo zij hem bovenmatig toeschijnen, te bepalen, dat ze slechts voor een deel bij voorrang boven andere schulden betaald zullen worden. Beperking van het voorregt, niet van de vordering beoogt zij dus. Daarvoor bestaat ook goede grond. Het vooruitzigt op eene behoorlijke begrafenis heeft men den stervende willen waarborgen, niet meer. De kosten daardoor veroorzaakt, zijn daarom bevoorregt verklaard. Hetgeen daarboven aan de begrafenis is ten koste gelegd, blijft verschuldigd, maar zal op den boedel niet bij voorrang boven andere schuldeischers mogen verhaald worden. OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 547, noot 2; DIEPHUIS, t. a. p., 657 en 658.

b) Zeer betwist is de vraag of onder laatste ziekte moet worden verstaan alleen de ziekte waaraan de schuldenaar overleden is, dan wel in het algemeen elke ziekte, die hij het laatst heeft gehad. Het eerste gevoelen dat de Schr. der *Handl.* omhelst, wordt uitvoerig verdedigd door OPZOOMER, t. a. p., 547—554. Vooral historische gronden pleiten voor die opvatting. De andere opvatting daarentegen vindt een krachtig voorstander in DIEPHUIS, t. a. p., 658—662. Tot verdediging daarvan beroept hij zich op het doel der bepaling, „om te bevorderen dat

5°. De levensmiddelen moeten geleverd zijn voor den schuldenaar en zijn huisgezin. Het privilegie kan derhalve niet worden ingeroepen voor die, welke aan herbergiers, kostschoolhouders en dergelijken geleverd zijn, dan voor zoo verre zij voor hen en voor hunne huisgezinnen gediend hebben.

6°. Ons artikel geeft het privilegie aan kostschoolhouders voor h u n n e s c h u l d v o r d e r i n g e n in het algemeen. Het moet dus niet meer beperkt worden tot de enkele onkosten van inwoning en onderhoud, gelijk in het Fransche regt, (art. 2101 *C. N.*), Durant., XIX, 58; maar het strekt zich ook uit tot de leergelden, leveringen van boeken, pennen, papier enz., doch alleen voor de kostgangers, en niet voor de eenvoudige schoolgangers, die bij hunne ouders of voogden inwonen, en die alleen ter schole komen, om het onderwijs te genieten. Voor deze zijn de kostschoolhouders gewone schoolmeesters en in die betrekking hebben zij geen privilegie.

7°. Deze voorrang vervangt het legaal hypotheek van het Fransche regt, artt. 2121, 2122 *C. N.* Zij heeft ten doel, om de regten der minderjarigen te verzekeren, in geval zij die niet op de door den voogd gestelde zekerheid mogten kunnen verhalen.

V o o r z o o v e r r e, enz. Kan hij daarop zijne regten verhalen, dan wordt dit privilegie voor hem onnoodig, en dan zou hij daarvan misbruik kunnen maken, door het verhypothekeerde goed vrij te laten, ten einde later ingeschreven hypothécaire schuldeischers eigenmagtig te bevoordeelen.

---

een zieke, ook wanneer zijne schulden zijne bezittingen overtreffen, de noodige verpleging vinden zal, doordien zij, die anders misschien daarvan teruggehouden zouden worden, door de vrees voor het gemis eener redelijke vergoeding, nu ten gevolge van het voorregt hiervan genoegzaam verzekerd kunnen zijn." Dat doel nu zou niet worden bereikt, indien een mogelijk herstel van den kranke het voorregt, en daarmede welligt het vooruitzigt op betaling, zou doen verloren gaan.

TITEL XIX.

VAN PAND.

(Artt. 1196—1207. EERSTE GEDEELTE, § 686—693, bl. 179—181).

Geschriften: ASSER, 418—420; VOORDUIN, IV, 416—432; DIEPHUIS, V, 563—587; LOKE, 147—149; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 575—607; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 539—577; *N. Bijdr.*, 1875, 49—97; *Tijdschr. v. h. Ned. Regt*, VIII, 36—82; E. J. ASSER, *Bedenkingen tegen het ontwerp van wet houdende wijziging in de wettelijke bepalingen omtrent pandrecht;* K. DE PHAFF, *Over het retentierecht van den pandhouder;* J. H. ANDRIES, *Aanteekeningen op art.* 1197 *B. W.*

De titel van het pandregt is zeer aanzienlijk gewijzigd bij de wet van 8 Julij 1874 (*Stbl.* n°. 95). Voornamelijk betreft dit de wijze waarop het pandregt verleend en gevestigd wordt en de werking van het regt, waarover zie hieronder § 687 vlg. *a*).

§ **686**. Op eene roerende zaak. Het Fransche regt kende twee soorten van pand (*nantissement*), dat op roerende (*gage*), en dat op onroerende goederen (*antichrêse*), artt. 2071, 2072, 2085 *C. N.* De bepalingen omtrent dit laatste zijn in ons wetboek niet opgenomen, omdat daarvan bij ons niet dan zeer zeldzaam gebruik wordt gemaakt. Dit belet intusschen niet, dat de partijen kunnen overeenkomen, dat het verhypothekeerd onroerend goed onder het beheer van den schuldeischer zal komen, en dat de inkomsten daarvan zullen strekken in mindering der schuld, gelijk dit uitdrukkelijk was bepaald in art. 1527 van het ontwerp van 1820. Die overeenkomst werkt dan echter alleen

a) De wet van 1874 is ongeveer gelijktijdig met het afdrukken van den vijfden druk dezer *Handl.* tot stand gekomen. Van daar dat in het tweede gedeelte van dien druk slechts zeer oppervlakkig met die wijzigingswet rekening is gehouden. De veranderingen die naar aanleiding dier wet in het eerste en het tweede gedeelte der *Handl.* moesten worden gebragt, zijn thans in den tekst zelven opgenomen.

tusschen partijen. Pandregt of eenig ander zakelijk regt, dat tegenover derden werkt, heeft zij niet ten gevolge.

Met uitzondering van de kosten. Daartoe behoort ook, al wordt het in art. 1196 niet vermeld, het voorregt van den verhuurder, wanneer hij tijdig zijn regt doet gelden, art. 1188.

§ **687.** Pandregt ... wordt gevestigd. Vóór de wet van 1874 moest van elke pandovereenkomst, onverschillig welke de waarde van het pand was, eene akte van eene zekere dagteekening voorzien, worden opgemaakt, zoowel wanneer de schuld waarvoor de zekerheid verstrekt werd, meer dan honderd gulden bedroeg, als wanneer het pand bestond in eene inschuld op naam, artt. 1197, 1198. Die bepaling was zeer bezwarend. Wel werd geen notariële akte gevorderd, en was eene onderhandsche voldoende, maar deze moest dan, om eene zekere dagteekening te verkrijgen, geregistreerd zijn, art. 1917. Kosten en tijdverlies waren daarvan het gevolg, en ook de geheimhouding waarop vooral de handel zoo grooten prijs stelt, kon daaronder, naar sommiger meening, lijden, doordien de pandovereenkomst aan de ambtenaren met de registratie belast, bekend werd. Het gevolg was dat de eisch der wet veelal ontdoken werd door het sluiten van contracten, waarbij de overeenkomst die men bedoelde, eene geldleening tegen roerende zekerheid, verborgen werd onder den schijn van eene andere, een koopcontract met beding van wederinkoop, onder zoodanige bedingen dat de gevolgen der overeenkomst zoo nabij mogelijk aan die van een pandcontract kwamen *a*). De wet van 1874 maakt deze stelselmatige wetsontduiking onnoodig. Volgens haar wordt voor vestiging van het pandregt geen akte meer vereischt, en zijn tot bewijs der pandovereenkomst alle middelen toegelaten, waardoor de door het pand verzekerde verbindtenis mag bewezen worden. Zoo zal waar het eene handelschuld of eene burgerlijke schuld beneden drie honderd gulden betreft, ook de pandovereenkomst door getuigenissen, bekentenis en vermoedens bewezen mogen worden.

---

a) Modellen daarvan zijn als bijlagen opgenomen bij het verslag der commissie van rapporteurs over het eerste ontwerp der wet van 1874. Zitting 1872—1873 — **109**. N°. 4, bl. 14 vlg.

Pandregt op ligchamelijke roerende zaken. Door het sluiten van de overeenkomst waarbij de zekerheid wordt bedongen, is het pandregt nog niet gevestigd. Hiertoe wordt bovendien vereischt, dat het voorwerp van het pandregt uit de magt en de beschikking van den pandgever worde overgebragt in die van den pandnemer, opdat deze in staat zij daarop zijne regten te doen gelden. Bij ligchamelijke zaken en papier aan toonder geschiedt dit door de enkele overgave van het verpande. Bij papier aan order wordt bovendien endossement vereischt, om den pandhouder te maken tot regtmatigen houder, en hem in de mogelijkheid te stellen van het papier gebruik te maken, de betaling er van te vorderen. Ten opzigte van de andere onligchamelijke roerende zaken vordert de wet eene kennisgeving der verpanding aan hem tegen wien het in pand gegeven regt moet worden uitgeoefend. Overgave van de akte ook waar deze bestaat, zou hier niet tot het beoogde doel leiden, omdat die akte alleen kan strekken tot bewijs, maar niet is, gelijk bij papier aan toonder of aan order, de drager van het regt. De overgave zou dus den pandgever niet in de onmogelijkheid brengen zelf over het regt te beschikken. De bedoelde kennisgeving daarentegen heeft ten gevolge dat, zoo lang het pandregt duurt, de pandgever over de in pand gegeven zaak niet mag beschikken, en dat de schuldenaar door aan hem te voldoen, van zijne verbindtenis niet ontslagen wordt. Anders Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., bl. 589 en 590, volgens wien ook hier overgave noodig is, op grond van de algemeene bepaling van art. 1196. Schr. vergeet echter m. i. dat hier de zaak, het vorderingsregt, als niet beligchaamd in een papier aan order of aan toonder, niet voor overgaaf vatbaar is, en dat waar bewijsdocumenten der vordering zijn, deze alleen kunnen strekken tot bewijs van het bestaan der in pand gegeven vordering, niet die vordering zelve, de zaak in art. 1196 bedoeld, zijn.

Of van een derde. Uit de bevoegdheid bij de wet uitdrukkelijk toegekend, om het pand te stellen in bewaring van een derde, volgt van zelf, dat de schuldenaar met de bewaring niet kan worden belast, zonder dat het daarom geacht kan worden

verboden te zijn, dat de schuldenaar aan den schuldeischer, die behoorlijk in het bezit is gesteld van het pand, in zijn huis of magazijn eene afgesloten plaats afstaat tot bewaring van het verpande goed, mits maar de schuldeischer daartoe den uitsluitenden vrijen toegang bekome, en de schuldenaar, die door zoodanig beding voor het behoud van het goed niet aansprakelijk wordt, op geenerlei wijze, middellijk of onmiddellijk, zich met de bewaring daarvan belaste.

De onbevoegdheid van den pandgever. Hieruit volgt dat, wanneer iemand eene zaak, die hij onder zich heeft, zonder daarvan eigenaar te zijn, b.v. als bewaarnemer, in ónderpand geeft, alsdan de geldschieter op onderpand veilig is tegen de actie tot terugvordering van den eigenaar en haar niet behoeft terug te geven. Hier geldt het tegendeel van wat art. 1214 voor hypotheek bepaalt. De reden van dit onderscheid ligt daarin dat, terwijl een ieder door raadpleging der eigendomsregisters zich kan overtuigen of degene, die het onroerend goed wil bezwaren, de bevoegdheid heeft om daarover te beschikken, den pandgever geen middel ten dienste staat om zich te vergewissen, of hij, die hem de roerende zaak als onderpand wil geven, daarvan werkelijk eigenaar is. Alleen dan wanneer de zaak aan den eigenaar ontstolen of door dezen verloren is, moet het regt van den pandhouder wijken voor dat van den eigenaar.

Pandregt is niet bestaanbaar. Pandbezit is uit den aard der zaak de noodzakelijke voorwaarde van pandregt op ligchamelijke roerende zaken en op papier aan toonder of aan order, omdat zoodra de zaak zich niet meer in de magt van den schuldeischer bevindt, het doel van het regt, de mogelijkheid van verhaal der vordering op de in pand gegeven zaak, niet meer bereikbaar is. De zaak moet zich derhalve bevinden onder de magt van den schuldeischer of van een derde, die haar voor den schuldeischer onder zich houdt. Uitzondering lijdt dit wanneer het pand door den pandhouder is verloren of aan hem ontstolen. In dat geval kent art. 1198 al. 4 j°. art. 2014 al. 2 hem gedurende drie jaren het regt toe de zaak van iederen houder terug te vorderen. Op die wijze kan hij zich weder de mogelijkheid verschaffen om

zijne vordering op het pand te verhalen. Van daar dat het pandregt blijft bestaan, zoolang bedoelde vordering kan worden ingesteld, en dat bij terugbekoming van het pand, het pandregt geacht wordt nooit verloren te zijn geweest.

§ **688**. Door kennisgeving. Die kennisgeving kan zoowel mondeling als schriftelijk geschieden. Bepaaldelijk wordt nu niet meer, gelijk volgens het vroegere art. 1198, eene beteekening vereischt.

Een schriftelijk bewijs *a*). Hij tegen wien het in pand gegeven regt moet worden uitgeoefend, kan zich daardoor vrijwaren tegen latere vorderingen die de pandgever tegen hem, in strijd met de inpandgeving, mogt willen instellen.

§ **688***a*. Zie hierboven § 687, bl. 474.

§ **689**. De wijzigingen die de artt. 1200, 1201 en 1202 bij de wet van 1874 hebben ondergaan, hebben ten doel den schuldeischer gemakkelijker, sneller en op meer afdoende wijze de voldoening van hetgeen hem toekomt, te verschaffen.

Zich het pand niet toeeigenen. De schuldeischer is geen eigenaar geworden van het pand, dat dikwijls de vordering, waarvoor het gegeven wordt, verre in waarde te boven gaat.

Hij kan alleen in regten vorderen. De bevoegdheid hiertoe kan bij overeenkomst niet worden uitgesloten, art. 1202.

Tenzij tusschen partijen anders is overeengekomen. De bevoegdheid bij art. 1201 toegekend, bestaat wanneer en voor zooverre partijen daarvan bij overeenkomst niet zijn afgeweken. Vóór de wet van 1874 had de pandhouder gelijksoortige bevoegdheid alleen dan, wanneer zij uitdrukkelijk was bedongen, artt. 1201 en 1202 oud.

Na eene sommatie tot voldoening. De wet schrijft niet voor, dat tusschen de sommatie en den verkoop eenige tijd moet verloopen. Deze kan dus onmiddellijk op gene volgen. Beter is dit, naar het mij voorkomt, geregeld bij art. 93 *Code de Commerce*, zooals dit is gewijzigd bij eene wet van 23—29 Mei

---

a) In het eerste gedeelte in plaats van beroep te lezen bewijs.

1863. Volgens laatstgemelde bepaling moet tusschen beide een tijdsbestek van ten minste acht dagen liggen.

Per telegraaf of bij aangeteekenden brief. Dit sluit niet uit dat de kennisgeving ook op andere wijze mag geschieden.

§ **692.** En hieruit volgt: 1°. dat de erfgenaam van den schuldenaar, die zijn gedeelte in de schuld betaald heeft, de teruggave van zijn aandeel in het pand niet kan vorderen, zoo lang de schuld niet ten volle is gekweten, omdat de schuldeischer, die zijne zekerheid in haar geheel en uit ééne hand heeft ontvangen, om die aan dezelfde terug te geven, niet kan genoodzaakt worden dat regt te verdeelen, al ware ook de schuld voor verdeeling vatbaar; 2°. dat de erfgenaam van den schuldeischer, die zijn aandeel ontvangen heeft, het pand niet kan teruggeven, vóórdat zijne mede-erfgenamen ten volle voldaan zijn, omdat het pand in zijne handen niets anders is dan eene bewaargeving ook ten behoeve zijner mede-erfgenamen, wier zekerheid hij niet mag verminderen. Zie art. 1206, en LOCRÉ, VIII, 100.

§ **693.** De bepalingen van dezen titel zijn dus *a contrario* op alle deze zaken wel toepasselijk, voor zoo verre daarvoor geene bijzondere bepalingen bij het Wetb. van Kooph. of bij andere speciale verordeningen zijn gemaakt. In het Wetb. van Kooph. nu komen in het geheel geene dergelijke bepalingen voor; maar de banken van leening zijn geregeld bij een Koninklijk besluit van 31 Oct. 1826, te vinden in het *Bijv. tot het Staatsbl.*, XIII, 1, 70 volgg., waarop hier schijnt gedoeld te worden.

TITEL XX.

VAN ONDERZETTING OF HYPOTHEEK.

(Artt. 1208—1268. EERSTE GEDEELTE, § 694—724, bl. 182—187.)

Geschriften: ASSER; 421—469; VOORDUIN, IV, 432—723; DIEPHUIS, V, 396—491; OPZOOMER, *B. W.*, IV, 611—667; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 364—539; LOKE, 149—163; *Regtsg. Bijdr.*, II, 645—648; *Themis*, 1858, bl. 92—118 1); MITTERMAIER *und* ZACHARIA, *Krit. Zeitschr. für Rechtsw. und Gesetzgebung des Ausl.*, VII, 140—147; LINDE, MITTERMAIER, *enz.*, *Archiv für die civilistische Praxis*, XVIII, 448—451; J. VERSFELT, *Diss.*, *cont. tit. de hyp. sec. nov. jus Belg. expositionem*, L. B. 1828; L. BOTHENIUS LOHMAN, *Diss. de principiis, qu. tum. Gall. tum novissima leg. Belg. legisl. secutus est in loco, qui est de jur. hyp.*, Gr. 1830; J. G. VAN DER MEER DE WIJS, *Diss. de cura legislatorum ut hypothecae publice innotescant*, L. B. 1838, 54—74.

Algemeene bepalingen.

§ **694**. Onderzetting is de letterlijke vertaling van hypotheek; het is de benaming van het oud-Hollandsch regt, bij DE GROOT, *Inl.*, II, 48. Zie voorts R. H. LULOFS, *Vlugtige woorden*, enz., die liever grondpand of vestiging gewild had. Opmerkelijk is het, dat, behalve in het opschrift en in de bepaling van art. 1208 (in welke beiden dan nog van onderzetting of hypotheek gesproken wordt), in den geheelen titel bijna nergens het Hollandsche onderzetting, maar overal het Fransche of liever het Grieksche hypotheek gebruikt wordt.

Hypotheek verschilt in zeer vele opzigten van pand, zoo als

---

1) De schrijver aldaar stelt onder den titel van *Beschouwingen over het Ned. hyp.-stelsel* hoofdzakelijk voor: 1°. herstel van de Fransche periodieke vernieuwingen der inschrijvingen; 2°. overdragt van onroerende goederen alleen bij authentieke acte.

uit de bepaling, hier gegeven, onder anderen blijkt. Immers 1°. pand is van roerend (art. 1196), hypotheek van onroerend goed; 2°. het pand wordt aan den schuldeischer ter hand gesteld (art. 1196), het verhypothekeerde goed blijft in het bezit en onder het beheer van den schuldenaar; 3°. het pandregt kan slechts bestaan, voor zoo verre het verpande goed gesteld en gebleven is in het bezit van den schuldeischer, of van eenen derde, omtrent wien partijen zijn overeengekomen (art. 1198); hypotheek blijft op de goederen rusten, in welke handen zij zich ook bevinden. Voorts moet hypotheek altijd bij notariële acte worden verleend, art. 1217; pand kan ook bij onderhandsche acte en zelfs indien voor het bewijs der hoofdverbindtenis geen geschrift wordt gevorderd, zonder geschrift gegeven worden, art. 1197; hypotheek is onderworpen aan inschrijving, art. 1224; pand niet. Deze zijn de hoofdpunten van verschil. Daarentegen komen beiden daarin overeen, dat èn pand èn hypotheek strekken tot zekerheid van eene aangegane verbindtenis, en dat door beiden het verbonden goed spéciaal verbonden wordt voor de schuld, die daarop vóór alle anderen verhaald wordt. — Ook tusschen privilegie en hypotheek is veel verschil; want privilegie ontstaat uit de enkele kracht der wet, en alleen uit hoofde van den aard der schuld, art. 1180; hypotheek ten gevolge van de overeenkomst der partijen, art. 1217; hypotheek wordt alleen gegeven op zekere bepaalde onroerende goederen, artt. 1208, 1210, 1213, 1217, 1219, enz.; privilegie kan zich uitstrekken over roerende of onroerende goederen, of over beiden te gelijk, en zoowel over zekere bepaalde goederen, als over al de bezittingen van den schuldenaar, artt. 1184, 1185, 1195; privilegiën behoeven niet te worden ingeschreven; de rang tusschen bevoorregte schuldeischers wordt geregeld naar den verschillenden aard der voorregten, die tusschen de hypothécaire schuldeischers daarentegen volgens de dagteekening der inschrijvingen, artt. 1181, 1226, enz.

Op al de, enz. Het regt van hypotheek is uit zijnen aard ondeelbaar: *est tota in toto, et tota in qualibet parte.* Ieder der verbonden goederen, zelfs ieder gedeelte daarvan, kan, ofschoon zich in verschillende handen bevindende, voor de geheele

schuld worden aangesproken. Bij voorb., na de verdeeling der nalatenschap kan ieder der erfgenamen slechts worden aangesproken voor dat gedeelte der gewone schulden, dat met zijn erfdeel in evenredigheid staat; maar hij, wien bij scheiding een met hypotheek bezwaard onroerend goed is toegewezen, is verpligt de geheele schuld te voldoen, indien hij de uitwinning van zijn goed wil voorkomen, behoudens zijn verhaal op zijne mede-erfgenamen, artt. 1147—1149.

§ **695**. In de eerste plaats is dit een noodzakelijk gevolg van de ondeelbaarheid der hypotheken, die niet denkbaar is dan op het verbonden goed in zijn geheel, art. 1209. Ten andere vermindert natuurlijk het zakelijk regt van den hypotheekhouder uit den aard der zaak, door de verminderingen en verliezen, die het verbonden goed ondergaat, al kan hij deswege ook in sommige gevallen eene persoonlijke actie tegen den houder hebben. Het is derhalve ook billijk, dat aan den anderen kant hij het genot hebbe van den beteren toestand, waarin het goed, uit welken hoofde ook, geraakt.

§ **696**. 1°. Nadat in de bepaling van art. 1208 hypotheek een zakelijk regt op onroerende goederen genoemd, en in art. 1210 gezegd was, dat daarvoor alleen vatbaar zijn de aldaar vermelde onroerende goederen en regten, kan het welligt tamelijk overtollig schijnen, in art. 1213 nog eens te herhalen: roerende goederen zijn voor geene hypotheek vatbaar. Waartoe dient dus dit artikel? Wij leeren het uit het antwoord van de regering op de zoo even vermelde aanmerking van de afdeelingen: het is eene ontwikkeling van het beginsel, en althans eene onschadelijke verduidelijking, vooral noodzakelijk om te beslissen, dat schepen, als zijnde roerende goederen, niettegenstaande zij aan overschrijving en inschrijving van sommige verbanden onderworpen zijn, niet kunnen worden verhypothekeerd. Zie artt. 309, 313 Wetb. van Kooph. — De eenige strekking van het artikel dus is, om eenen twijfel weg te nemen, die anders welligt uit de aangehaalde artikelen van het Wetboek van Koophandel zou kunnen ontstaan. Zoowel in het Romeinsche als in het oud-Hollandsche regt werd ook hypo-

theek op roerende goederen toegelaten: *quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. L.* 9, § 1 *D. de pign. et hyp.; l.* 1, § 2 *D. qu. res pign. obl. non poss.* Volgens het oud-Hollandsch regt echter duurde de hypotheek op roerende goederen niet langer dan deze zich in het bezit van den schuldenaar bevonden. DE GROOT, *Inl.*, II, 48, 27—29.

Wat niet vatbaar is voor vervreemding, is het ook niet voor verpanding. Geene hypotheek is daarom bestaanbaar b. v. op de openbare wegen en straten, op de bevaarbare en vlotbare rivieren, en op de andere zaken, die volgens art. 577 behooren tot het openbaar staats-domein. Kanalen daarentegen aangelegd en geëxploiteerd door particulieren zijn geene zaken buiten den handel, al zijn zij ook bestemd en al moeten zij ook bestemd blijven voor openbaar gebruik. Zie DE PINTO, *Adv.*, bl. 98—100.

Onverdeelde aandeelen. De inschrijving moet in dit geval geschieden op het onverdeeld aandeel, niet op de geheele zaak; zie arrest van den hoogen raad van 21 November 1873, *Weekbl.* n°. 3651. Het artikel voegt er bij, dat, na de verdeeling van het bezwaarde pand, de hypotheek alleen gevestigd blijft op het deel dat aan den schuldenaar is toebedeeld. Maar wat in geval van verkoop? De regel van art. 1242, dat de hypotheek, die een last is drukkende op het goed, daarop blijft rusten, in welke handen het ook overga, is ook op hypotheek op onverdeelde aandeelen van vaste goederen van toepassing. Het gevolg hiervan is, dat door verkoop dergelijke hypotheken niet opgeheven worden, en blijven voortduren met alle dezelfde regtsgevolgen, die daaraan van den aanvang af zijn verbonden geweest.

§ **697.** De reden van dit verbod, om toekomstige goederen met hypotheek te bezwaren is, omdat zulk een verband onvereenigbaar zou zijn met het aangenomen stelsel van spécialiteit, waarover zie beneden, *ad* § 699 *a*). Dit belet echter niet, dat,

---

a) Dat kan de reden niet zijn Niets toch zou b.v. beletten, dat men hypotheek toezegde op bepaalde overeenkomstig art. 1219 aangeduide goederen, die men nog niet heeft, maar denkt te krijgen. Aan het voorschrift der specialiteit ware dan voldaan. De reden is dat, om hypotheek te kunnen verleenen op eenig goed,

indien de vrouw bij huwelijksche voorwaarden hypotheek heeft bedongen, of, in het algemeen, een schuldenaar zich heeft verpligt om aan den schuldeischer hypotheek te geven, de man of de schuldenaar kan worden genoodzaakt aan zijne verpligting te voldoen, door aanwijzing ook van goederen, die hij, na het ontstaan der verbindtenis, mogt hebben verkregen, art. 1220. Bij ons kan het derhalve geenen twijfel meer lijden, of iemand, die bij het aangaan eener verbindtenis, geene onroerende goederen bezit, kan hypotheek beloven op die, welke hij later verkrijgen zal, behoudens latere aanwijzing en inschrijving. Uit die belofte ontstaat geene hypotheek, doch niet anders dan eene geoorloofde persoonlijke verbindtenis, om die in het vervolg te geven. Onder het Fransche regt was dit minder uitgemaakt: PERSIL, *Quest.*, 61, en DELV., VIII, 75 en 76, meenden zelfs het tegendeel.

§ 698. Hypotheek kan alleen worden verleend door hem, die de bevoegdheid heeft om het bezwaarde goed te vervreemden, dat is door hem, die eigenaar daarvan is. Hij die alleen gekocht heeft, maar wiens koop-acte nog niet is overgeschreven, is geen eigenaar, artt. 671, 1494, 1495. Hij kan dus geene hypotheek toestaan. Dat is duidelijk, en even duidelijk is het, dat, in ieder geval, eene latere hypotheek, toegestaan na de overschrijving der koop-acte, den voorrang heeft boven de vroegere, vóór de overschrijving toegestaan, indien daaraan voor het overige al eenige kracht kan worden toegekend. Maar het is juist de vraag, of de hypotheek, vóór de overschrijving verleend, en die toen zeker krachteloos was, na de overschrijving der koop-acte geldig wordt. Men kan zeggen, dat de kooper, door de overschrijving der koop-acte, de vroeger verleende hypotheek bevestigt en bekrachtigt; maar het is niettemin waar, dat de wet eene zoodanige stilzwijgende bekrachtiging nergens erkent, ja zelfs dat de bepaling van art. 1217, dat hypotheek alleen uitdrukkelijk, en nog wel bij notariële acte, kan worden gevestigd, die uitsluit, en dat

men de bevoegheid moet hebben om daarover te beschikken, het te vervreemden. Dat vereischte ontbreekt ten opzigte van toekomstige goederen, d. i. goederen die niet toebehooren aan hem, door wien hypotheek wordt verleend, onverschillig of zij al dan niet reeds bestaan. Zie hieronder § 698.

bovendien de hypotheek, eenmaal door een onbevoegd persoon gegeven, en daarom *ab initio* nietig en van onwaarde volgens de duidelijke bepaling der wet, later niet van kracht kan worden, indien niet eene even duidelijke wetsbepaling dit even uitdrukkelijk zegt. Daarbij komt eindelijk nog, dat alle hypotheek, gevestigd op toekomstige goederen, en dus op die, waarvan de schuldenaar op het oogenblik der vestiging nog geen eigenaar was, nietig is, art. 1220. Nu is het wel waar, dat de artt. 1212, 1227, 1228 hypotheek erkennen in zekere bepaalde gevallen, toegestaan door iemand die nog geen eigenaar is; maar dit zijn uitzonderingen, die niet verder mogen worden uitgestrekt dan tot die bepaalde gevallen, en die juist den regel voor alle andere gevallen bevestigen, omdat zij, zonder dien regel, niet noodig waren. Zie eindelijk over deze vraag, en in het algemeen over het regtsgevolg van eene hypotheek, toegestaan door den kooper, vóór de overschrijving der koop-acte, *Regtsg. Adv.*, I, 80—89. Men zou daarentegen veel te ver gaan, en daarenboven alle zekerheid aan den hypothécairen schuldeischer ontnemen, indien men met een arrest van den hoogen raad van 21 November 1873, *Weekbl.* n°. 3659, daaronder ook wilde begrijpen de zoogenaamde stilzwijgende voorwaarde van art. 1302, met dat gevolg, dat de door den kooper, na behoorlijke inschrijving zijner koopacte, verleende hypotheek van regtswege zou vervallen, indien later de koop wegens wanbetaling van den koopprijs wordt ontbonden. Met de letterlijke beteekenis der woorden van het artikel moge zulk eene leer schijnbaar te verdedigen zijn. Maar de bedoeling kan dit nooit geweest zijn; en het is daarentegen duidelijk, dat de wet alleen het oog kan hebben gehad op uitdrukkelijke en contractuële voorwaarden. Om hypotheek te verleenen moet men de bevoegdheid hebben om het bezwaarde goed te vervreemden; dat is men moet eigenaar zijn. Meer niet. En eigenaar was de kooper op het oogenblik, toen hij de hypotheek gaf (*a*).

---

a) Deze zienswijze kan ik niet deelen. Dat men om hypotheek te kunnen verleenen, regt van beschikking over het te bezwaren goed moet hebben, volgt reeds uit art. 1214. Maar nu voegt art. 1215 daaraan nog eene bepaling toe omtrent den omvang dier bevoegdheid. Laatstgemeld artikel luidt algemeen, zonder te onder-

Daarentegen, als het voor de bestaanbaarheid der hypotheek eene *conditio sine qua non* is, dat zij verleend zij door den eigenaar, is het aan den anderen kant geen noodzakelijk vereischte, dat zij verleend zij door den schuldenaar; maar staat het den eigenaar vrij zijn goed hypothécair te verbinden voor de schuld van een ander, zonder dat hij daardoor persoonlijk, hetzij als mede-schuldenaar, hetzij als borg voor die schuld, aansprakelijk wordt.

§ 699. Het Fransche regt kende drie soorten van hypotheken, de wettelijke namelijk (*légale*), de geregtelijke (*judiciële*), en die, bij overeenkomst gevestigd (*conventionnele*). De vrouwen hadden van het oogenblik van het huwelijk eene wettige hypotheek op al de onroerende goederen van hare mannen, tot zekerheid van haar huwelijksgoed en van hare huwelijks-overeenkomsten; de minderjarigen of onder curatele gestelden op die hunner voogden, ter zake van hun beheer, te rekenen van den dag, waarop deze de voogdij hadden aanvaard. Wel waren de getrouwde mannen, de voogden en toeziende voogden verpligt deze hypotheken te doen inschrijven; wel waren nog zeer vele andere personen daartoe bevoegd: doch hadden deze allen het verzuimd, de wettelijke hypotheek bestond niettemin, onafhankelijk van alle inschrijving. De geregtelijke hypotheek, die krachtens ieder vonnis kon worden ingeschreven, rustte eveneens op al de tegenwoordige en toekomende onroerende goederen van den schuldenaar. Artt. 2116, 2117, 2121—2123, 2134—2145 *C. N.* — Het stelsel van openbaarheid en bijzonderheid (*spécialiteit* en *publiciteit*), dat tot grondslag gelegd was van de conventionnele hypotheken, was voor de judiciële en légale niet volgehouden. Men had daardoor twee geheel tegenstrijdige en onvereenigbare beginselen met elkander trachten te vereenigen; doch de ondervinding heeft het onmogelijke hiervan doen inzien, en tot schrome-

---

scheiden tusschen uitdrukkelijke en stilzwijgende voorwaarden, en is derhalve op beide van toepassing. En te regt. Hij die slechts een voorwaardelijk regt op eene zaak heeft, kan deze ook slechts onder dezelfde voorwaarde verbinden; hij kan daarop dus niet onvoorwaardelijk regt van hypotheek verleenen. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 403—407; OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 619.

lijke verwarringen en moeijelijkheden aanleiding gegeven. De publiciteit is het middel om de bestaande hypotheken openbaar bekend te maken, ten einde geldschieters, schuldeischers en koopers in staat te stellen den toestand der vaste goederen en de daarop gelegde bezwaren te onderzoeken, en vooraf te berekenen, welke zekerheid zij daarin voor hunne inschulden zullen vinden, of hoeveel zij voor het goed als koopprijs kunnen besteden. Inschrijving op de openbare registers, waarvan ieder inzage kan verlangen, of waaruit ieder zich uittreksels kan doen afgeven, is het gewoon middel tot die publiciteit gebezigd. Om nu echter het daarbij beoogde doel te bereiken, is het niet genoeg, dat de hypotheken op naam van den eigenaar worden ingeschreven. Want als men in de registers leest, dat al de goederen van A met hypotheek bezwaard zijn, dan weet men nog niet, of aan A ook toebehoort dat goed, waarop men b. v. geld wil voorschieten; en, al weet men dat ook, dan blijft het nog onzeker, voor welke som het reeds bezwaard is, en of het dus nog genoegzame zekerheid voor de voorgenomen geldschieting oplevert. Het is dus noodig, dat hypotheken alleen gegeven worden op zekere en bepaalde goederen, en voor eene even zekere en bepaalde som. Dit noemt men spécialiteit, die dus ook bestaan kan, al zijn alle de vaste goederen, die iemand bezit, met hypotheek bezwaard, mits deze maar op ieder stuk in het bijzonder gevestigd zij. Men stelle b. v. dat iemand bezit drie landgoederen, A, B en C. Ééne hypotheek op al de goederen van den eigenaar dezer landgoederen zou niet spéciaal zijn; maar eene hypotheek, afzonderlijk ingeschreven op het landgoed A, op het landgoed B en op het landgoed C, zou het wel zijn, ofschoon in het tweede geval, zoowel als in het eerste, al de goederen verbonden zijn. Als men nu daaraan toetst de aangehaalde bepalingen van den *C. N.*, dan bevindt men, dat 1°. de légale hypotheken niet altijd publiek en nooit spéciaal zijn, omdat zij bestaanbaar zijn zonder inschrijving, en omdat zij kleven op alle tegenwoordige en toekomende goederen, en dat nog wel voor eene onbepaalde som; 2°. dat de judiciële hypotheken, zich almede uitstrekkende over alle tegenwoordige en toekomende goederen,

ook met het stelsel van spécialiteit niet zijn overeen te brengen. Een overzigt der geschriften, waarin het gebrekkige van het Fransche hypothécair stelsel in het algemeen en van dat der légale hypotheken in het bijzonder wordt aangetoond, vindt men in *Arch. für die civ. Prax.*, XVIII, 441—446. Men zie onder anderen DECOURDEMANCHE, *du danger de prêter sur hypothèque, et d'acquérir des immeubles*, te vinden achter PERSIL, *Questions etc.* (*éd. Brux.*), en REHBERG, 253—268; *Regtsg. Bijdr.*, VI, 74, 75. — Bij de vaststelling dus van den tegenwoordigen titel van ons Wetboek was men er voornamelijk op bedacht om de uit die verwarring van ongelijksoortige beginselen ontstaande tegenstrijdigheden te vermijden, en het algemeen als heilzaam erkende beginsel van publiciteit en spécialiteit van alle hypotheken, en zonder eenige uitzondering, gestreng te handhaven. *Krit. Zeitschr. für Rechtsw. und Gesetzg. des Ausl.*, VII, 193. Vooral echter verdienen hierover gelezen te worden de redevoeringen van de heeren SIJPKENS en VAN CROMBRUGGHE, bij VOORDUIN, 451—490. Het was dus al spoedig beslist, dat de légale en judiciële hypotheken, zoo als die in het Fransche regt voorkwamen, niet konden blijven bestaan. Intusschen bleef nog de vraag over, of men die geheel zou afschaffen. Onze oude regten hadden niet alleen eene menigte van légale, maar ook algemeene hypotheken gekend: DE GROOT, *Inl.*, II, 48, 7—24; VAN DER MEER DE WIJS, aang. *Diss.*, 18—20; *Regtsg. Bijdr.*, t. a. p. Het ontwerp van 1820 had zelfs nog, in sommige gevallen, een algemeen stilzwijgend pandregt, of légaal verband, onder voorwaarde nogtans van dat, door inschrijving op elk bijzonder stuk goed, spéciaal en publiek te maken, artt. 1514, 1517, 1533—1535, toegelaten. Op deze wijze waren de légale hypotheken met het aangenomen stelsel in overeenstemming gebragt, terwijl men hetzelfde voor de judiciële zou kunnen vaststellen. Overwegingen van eenen anderen aard hebben den wetgever bewogen, die ook zoodanig gewijzigd niet toe te laten, doch geheel te verwerpen, en alleen conventionnele hypotheken te erkennen. De zorg voor minderjarigen en voor getrouwde vrouwen was de eenige reden, die de légale hypotheken, die schadelijke afwijking van het gemeene regt,

kon wettigen. Maar welke gunstige bepalingen de wet ook moge maken om de personae miserabiles te beschermen, zij is niet alleen aan dezen, maar aan alle burgers bescherming verschuldigd; en zij mag niet uitsluitend hunne belangen ten koste van die der geheele maatschappij behartigen. En wat toch is het gevolg eener hypotheek, die al de goederen van den getrouwden man en van den voogd aantast? — Immers, dat die goederen, zoo lang dat verband duurt, indien men op de uitkomst let, buiten den handel geraken, onvervreemdbaar worden, en juist daardoor op den duur in waarde verminderen. De voogdij is reeds een zware last, dien men om niet moet waarnemen; en komt er nu dit bezwaar nog bij, dan zal men allerlei middelen in het werk stellen, om zich aan dien lastigen en moeijelijken post te onttrekken, en de belangen der minderjarigen zullen er bij slot van rekening misschien zelve bij lijden. Dit alles klemt nog te meer, omdat er andere middelen kunnen gevonden worden, om de regten van de minderjarigen te verzekeren, gelijk daarvoor bij ons dan ook op eene andere wijze gezorgd is. Ieder voogd moet hypotheek geven, waarvan de kantonregter de hoegrootheid bepaalt. De toeziende voogd moet zorgen, dat aan die verpligting voldaan worde en dat de hypotheek ingeschreven worde, en bij weigering van den voogd, om daarin toe te stemmen, kan hij daartoe worden genoodzaakt door een regterlijk vonnis, dat de goederen aanwijst, waarop de inschrijving geschieden zal, artt. 390—399, 428, 1217 *a*). Als het legaal verband voor de minderjarigen verviel, dan moest *a fortiori* dat voor de getrouwde vrouwen vervallen, die veel minder hulpbehoevend zijn dan de minderjarigen, en die dan ook daarom op minder gunstige beschikkingen aanspraak kunnen maken. De wet heeft haar in het eerste boek (zie boven, *ad* § 106) eene menigte hulpmiddelen aan de hand gegeven tot bewaring harer regten. Vermeent de vrouw echter door dit alles nog geene genoegzame zekerheid te hebben, dan staat het haar daarenboven vrij zoodanige hypotheek te bedingen, als zij zal noodig achten,

---

a) Ten behoeve van minderjarigen bestaat bovendien het privilegie, toegekend bij art. 1195, 7°.

art. 1220; en de wet behoeft niet te zorgen voor haar, die voor zich-zelve zorgen kan. Zij kan zelfs de bedongen hypotheek doen inschrijven, en de vereischte regtsvorderingen daartoe aanleggen zonder bijstand van haren man of magtiging van den regter. Ons artikel 1217 zegt dit uitdrukkelijk, en neemt dus allen twijfel weg, die vroeger welligt uit art. 2139 *C. N.* ontstaan kon. Zie PERSIL, 107. — Eindelijk moest er bij de invoering van een zoo geheel nieuw stelsel gezorgd worden, dat geene vroeger verkregen regten daardoor geschonden zouden worden, en tevens de gemaakte verbeteringen spoedig van algemeene toepassing konden worden. De transitoire wet bepaalt in artt. 14—21, dat de bestaande légale verbanden van kracht blijven, mits zij binnen de twee jaren, na de invoering van het Wetboek, in de nieuwe registers worden in- of overgeschreven, op elk bijzonder goed, en geeft zelfs aan den officier bij de arrondissements-regtbank of aan den kantonregter de bevoegdheid, om die inschrijving voor minderjarigen of onder voogdij gestelden nog zes maanden na het verstrijken der twee jaren van ambtswege te doen.

Minder gunst nog verdienden de staat, de gemeenten en de openbare inrigtingen, aan welke art. 2121 *C. N.* eene légale hypotheek gaf op de goederen der ontvangers en rekenpligtige ambtenaren, omdat dezen, zoo noodig, hypotheek kunnen bedingen.

De redenen, waarom ook de judiciële hypotheken geheel verworpen zijn, zijn: 1°. omdat bij art. 1177 en 1178 als algemeen beginsel is aangenomen, dat de goederen strekken tot gemeenschappelijken waarborg voor alle schuldeischers, en dat het daarmede strijdig zou zijn, al de onroerende goederen bij voorkeur te doen strekken tot voldoening van hem, die het eerst een vonnis verkregen heeft; 2°. omdat de regel *jura vigilantibus scripta*, waarop men die hypotheken voornamelijk gegrond heeft, voor dit geval zeer dikwijls faalt, daar het volstrekt niet altijd zeker is, dat hij, die het eerst vervolgingen begint, ook het eerst vonnis heeft.

De vele gebreken en inconsequentiën van het Fransche hypotheken-stelsel, dat op twee gedachten hinkt, en daarom geheel beginselloos is, worden voor het overige vrij algemeen erkend, zelfs in Frankrijk, ofschoon men daar nog tot geene hervorming

gekomen is. DALLOZ, *Rép.*, zeide wel, bij de uitgave van zijn 27ste deel in 1852, in voce *hypothèque*, dat men daarmede reeds sedert eenige jaren bezig was; maar tot nu toe is daarvan niets gekomen. In 1857 moest dezelfde schrijver in zijn 37ste deel eene verhandeling opnemen over de privilegiën en hypotheken, naar den nog onveranderden inhoud van den *Code*. In België daarentegen volgde men reeds in 1851 ons voorbeeld, bij de wet van 16 December van dat jaar, die ook geheel en al gegrond is op het stelsel van openbaarheid en spécialiteit, die reeds eene uitvoerige verklaring en uitlegging gevonden heeft in het werk van MARTOU, *les priv. et hyp.*, *ou comm. de la loi du* 16 *Déc.* 1851, Brussel 1855. Zeer uitvoerig wordt nog dit stelsel verdedigd, en het Fransche bestreden, in de inleiding van denzelfden schrijver, tot het werk *Code Régl. du créd. foncier présenté à la chambre des pairs de Portugal*. Brussel 1855.

Uitgezonderd. Bij voorb. de hypotheek, door den voogd te geven, die door den kantonregter bepaald wordt, art. 390; die, welke men, ten gevolge eener overeenkomst bij vonnis wordt genoodzaakt te geven, art. 1217.

§ **700.** Wij hebben boven, *ad* § 521 en 551, gezien, dat het voor den vreemdeling, volgens de nu bij de wet van den 7den April 1869 (*Stbl.* n°. 56) ingetrokken artt. 884 en 957, om hier te lande te erven of voordeelen te genieten uit eenen uitersten wil, voldoende was, als de wet van zijn land den Nederlander tot het één of het ander in zijn land toelaat. Hier is het anders. Art. 1218 vordert een tractaat. Al kan dus, volgens de wet van een vreemd land, hypotheek worden ingeschreven uit krachte eener overeenkomst in alle vreemde landen, en bij gevolg ook in Nederland, verleden, is dit nog niet genoeg. om bij ons inschrijving te kunnen nemen, krachtens eene overeenkomst in dat land gesloten, tenzij dit bij een uitdrukkelijk tractaat, tusschen die vreemde mogendheid en onze regering gesloten, bepaald zij, hoedanige tractaten echter tot dus verre niet bestaan. Maar daarenboven moet die overeenkomst zoodanig zijn, dat zij, hier gesloten zijnde, hypotheek zou kunnen geven. Men stelle b. v., dat in een vreemd land waarmede het hier bedoelde

tractaat gesloten is, bij overeenkomst al de tegenwoordige en toekomende goederen van eenen schuldenaar hypothécair verbonden zijn, en dat zulk eene overeenkomst in dat land geoorloofd zij. Dan zal toch, uit krachte daarvan, hier geene inschrijving kunnen genomen worden: 1°. omdat zulk eene overeenkomst verboden is bij onze wet (artt. 1219—1221), die niet verondersteld kan worden meer regten te hebben willen geven aan vreemdelingen dan aan Nederlanders; 2°. omdat onroerende goederen geregeerd worden door de wet van het land, waarin zij gelegen zijn, art. 7 *Alg. Bep.*

§ **702.** De spécialiteit is de *ratio legis* der bepalingen van deze en van de vorige paragraaf.

Partijen. Volgens art. 2132 *C. N.* was het de schuldeischer alleen, die deze waarde schatte. De schuldenaar, die vermeende, dat de schatting te hoog was, kon haar doen inkorten, en dit moest natuurlijk meermalen aanleiding tot regtsgedingen geven. Deze te voorkomen, is het doel der tegenwoordige verandering.

§ **703.** Het tegendeel was bepaald in art. 2131 *C. N.*

Bij de wet. Zoo als het geval is ten opzigte van voogden. Art. 394.

§ **704.** Zie boven, *ad* § 689.

Het staat echter, enz. Dit beding is eene soort van lastgeving, waarbij de schuldeischer gemagtigd wordt, om het goed van zijnen schuldenaar te verkoopen, en waarvan het doel is, om geldschietingen op geringe perceelen aan te moedigen, opdat de geldschieters zich niet zouden laten afschrikken door de formaliteiten en onkosten aan de uitwinning verbonden. Het verschilt echter in twee opzigten van de gewone lastgeving; namelijk 1°. neemt de lasthebber in het algemeen aan, om eene zaak voor den lastgever en in diens naam te verrigten, art. 1829; hier handelt hij voor zich zelven en in zijnen eigen naam, en hij heeft dus eene *procuratio in rem suam*, zoo als die onder ons oud regt menigvuldig bekend waren. Voet, *ad tit. D. de Proc.;* 2°. de gewone lastgever kan den last herroepen, wanneer het hem goeddunkt, artt. 1850, 1851, indien ten minste het tegendeel niet uitdrukkelijk is bedongen; hier is de schuldeischer of lasthebber

onherroepelijk gemagtigd *a*). Dit beding echter is niets anders dan een voorregt aan den eersten hypothécairen schuldeischer toegestaan, waarvan hij naar welgevallen al of niet gebruik kan maken. Verkiest hij daarvan derhalve stilzwijgend afstand te doen, en zijn hypothécair regt *ordinario modo* te vervolgen langs den gewonen weg van exécutie, dat staat hem volkomen vrij. Zie meer *Themis*, 1850, bl. 244—257. Gaat hij tot den verkoop over zonder den schuldenaar vooraf te hebben in mora gesteld door een bevel, of in weerwil van eene gedane betaling, de verkoop is geldig. Dit zijn omstandigheden, die niet kunnen worden tegengeworpen aan den kooper, die te goeder trouw gekocht, en daarvan geene kennis gedragen heeft; en de schuldenaar, die zich niet *tempore utili* tegen den verkoop verzet heeft, zal zich moeten vergenoegen met de *actio mandati* tegen zijnen schuldeischer en lasthebber, tot bekoming van schadevergoeding. Zie meer *Regtsg. Adv.*, V, 105—109.

Den eersten, enz. Hetzelfde regt kan niet aan latere hypothécaire schuldeischers gegeven worden, zonder de regten te verkorten der vroegere, die hun geld hebben geschoten, toen het goed aan dien last nog niet onderworpen was, en die het ook niet hebben kunnen voorzien; in welk geval zij daarin misschien niet zouden hebben bewilligd. Latere schuldeischers daarentegen kunnen er zich niet over beklagen, indien de eerste zich deze bevoegdheid heeft voorbehouden, omdat zij daarvan vooraf kennis hebben kunnen bekomen door de registers, waarin het beding moet vermeld worden, en die zij hebben kunnen inzien, artt. 1223, 1265. Daaruit volgt echter niet, dat bij eene tweede of derde

---

a) De leer dat de schuldeischer die krachtens onherroepelijke volmagt verkoopt, dit doet niet als lasthebber van den schuldenaar, maar als voor zich zelf handelende, wordt ook gedeeld door Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., 485—494, alwaar uitvoerig de belangrijke gevolgen van deze leer worden uiteengezet. Herhaaldelijk intusschen is door den hoogen raad in tegenovergestelden zin beslist, o. a. bij arrest van 28 Jan. 1880, *W.* n°. 4466. Zie ook de arresten van den hoogen raad van 24 Maart 1882, *W.* n°. 4755, en v. 30 Maart 1883, *R.*, d. CXXXIII, § 49, bij welk laatste arrest is aangenomen, dat de onherroepelijke volmagt is te beschouwen als eene magtiging of lastgeving, hoezeer in vele opzigten van laatstgenoemde verschillende, en dat hij, die krachtens die volmagt verkoopt, dan ook niet op eigen naam verkoopt.

hypotheek hetzelfde beding niet zou kunnen gemaakt worden, voor het geval, dat deze, door doorhaling van de vroegere, werkelijk eerste zal geworden zijn. Dit verbod staat nergens in de wet, en daarvoor zou ook geene reden zijn. Anders echter *Regtsg. Adv.*, IV, 112, 113 *a*). Over de vraag eindelijk, of de eerste hypothécaire schuldeischer van de onherroepelijke volmagt kan gebruik maken na den dood van den schuldenaar, terwijl zijne erfgenamen gebruik maken van het regt van beraad, zie boven *ad* § 622.

Inschrijving.

§ **705**. Zie boven, *ad* § 699, en over de inschrijvingen onder onze oude wetgeving in gebruik, VAN DER MEER DE WIJS, aang. *Diss.*, 24—26. De openbare daartoe bestemde registers zijn die, welke bestemd zijn tot de overschrijving van den eigendom van vaste goederen en andere zakelijke regten. Dit blijkt: 1°. uit de officiële verklaringen van dit artikel door de regering gegeven; 2°. uit art. 26 van het besluit van den 1sten Augustus 1828 (*Stbl.* n°. 52) *b*).

Bij gebreke enz. Zelfs niet ten aanzien van de concurrente schuldeischers, want ook deze hebben belang bij de inschrijving, omdat ook zij inzage kunnen nemen van de registers, en omdat zij, indien zij geweten hadden, dat de goederen van den schuldenaar reeds dermate met hypotheken bezwaard waren, dat zij geenen waarborg meer konden opleveren voor hunne persoonlijke vorderingen, waarschijnlijk niet met hem zouden hebben gehandeld.

§ **706**. Bij voorb.: A verleent op den 1sten Mei aan B eene hypotheek op zijn huis, en verkoopt hetzelfde huis op den 10den Mei aan C, die zijne koop-acte op denzelfden dag laat inschrijven; op den 12den Mei laat B zijne hypotheek inschrijven; deze inschrijving is van onwaarde, en de hypotheek bij gevolg vervallen. Art. 834

---

a) Anders ook DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 479, 480.

b) Dit art. is ingetrokken en vervangen door eene andere bepaling (art. 3), bij het K. B. van 8 Aug. 1838 (*Stbl.* n°. 27). Laatstgemeld besluit is bovendien gewijzigd bij K. B. van 30 Julij 1878 (*Stbl.* n°. 104).

van den Franschen *C. de Pr.* gaf daarentegen aan den schuldeischer nog eenen termijn van veertien dagen voor die inschrijving, na de overschrijving van de koop-acte, ten einde te beletten, dat de schuldenaar dadelijk na het verleenen van eene hypotheek zijn goed aan een ander verkoopende, den schuldeischer op eene bedriegelijke wijze van het genot zijner hypotheek zou kunnen berooven. De noodzakelijkheid evenwel om geene andere dan ingeschreven hypotheken te erkennen heeft tot de afschaffing dezer bepaling doen besluiten. De schuldeischer kan voor zijne regten waken, hetzij door eene spoedige inschrijving, hetzij door te bedingen, dat hij zijn geld niet zal behoeven te geven, voor dat de bedongen hypotheek is ingeschreven. Daarentegen staat door de bepaling van het Fransche regt de kooper van een onroerend goed bloot aan allerlei bedrog en nadeel, dat hij niet heeft kunnen vermijden, indien hij, een onbezwaard goed meenende te koopen, na inzage der registers later gedrukt wordt door eene hypotheek daarop vroeger door den verkooper toegestaan. *Krit. Zeitschrift*, VII, 193, 194.

§ **707.** De inschrijving alleen, zonder welke de hypotheek geene kracht heeft, art. 1224, regelt den voorrang tusschen de hypothécaire schuldeischers, zonder dat de dagteekening der acte, waarbij de hypotheek is toegestaan, daarbij in aanmerking komt. De later verleende, doch vroeger ingeschreven hypotheek heeft derhalve den vooorrang boven de vroeger verleende, doch later ingeschrevene. Dezelfde regel gold in het oud-Hollandsch regt, DE GROOT, *Inl.*, II, 48, 35.

1°. Deze uitzondering op art. 1225, die tot doel heeft de door alle wetgevers heilig erkende regten van verkoopers te beschermen, aan wie art. 2103 *C. N.* zelfs een privilegie voor hunne onbetaalde kooppenningen toekende, is niet in strijd met het aangenomen stelsel van publiciteit. De geldschieter kan zich door de inzage der registers overtuigen, wanneer de eigenaar het goed gekocht heeft. Doch indien de koop-overeenkomst bij onderhandsche acte is opgemaakt, spreekt het van zelf, dat uit krachte daarvan geene hypotheek kan worden ingeschreven, maar dat het daartoe noodig is vooraf eene notariële acte op te maken, art.

1217 *a*). Evenzeer spreekt het van zelf, dat deze uitzondering alleen geldt ten behoeve van den verkooper, en niet van den geldschieter, die den koopprijs voor den kooper betaalt. Zoowel de zoo even vermelde *ratio legis* bewijst dit, als de woorden van het artikel, dat spreekt van onbetaalde kooppenningen, die wel aan den verkooper, maar geenszins aan den geldschieter verschuldigd zijn, die niet de *actio venditi*, maar alleen de *actio mutui* heeft tegen den kooper.

Na de overschrijving. Voor die overschrijving geeft art. 17 der wet van den 16 Junij 1832 (*Stbl.* n°. 29) eenen termijn van zes maanden. Als de overschrijving later geschiedt, is daarvoor eene verhooging van regt verschuldigd, art. 18 derzelfde wet.

§ **708.** Indien de inschrijving hem onbepaald regt gaf om voor alle renten of interessen in denzelfden rang van hypotheek geplaatst te worden, dan zou de hypotheek, in strijd met art. 1221, voor eene onbepaalde som bestaan.

Onverminderd zijn regt enz. Maar moet er dan bij eene latere overeenkomst op nieuw hypotheek bedongen worden, om die bijzondere inschrijvingen te kunnen nemen? — Neen. Dat toch de schuldenaar het vermogen heeft om voor die renten, die hij schuldig is, hypotheek te verleenen, sprak van zelf. De wet zou dit niet behoeven te zeggen. Wel is waar, hypotheek kan alleen gevestigd worden door eene notariële acte (art. 1217), maar de latere inschrijvingen geschieden dan ook krachtens de oorspronkelijke notariële acte. Had de schuldeischer daartoe eene nieuwe acte noodig, zijn regt zou weinig te beteekenen hebben. Iemand, die zich in ongelegenheid bevindt en geld noodig heeft, besluit er ligt toe om zijn vast goed voor de teruggave te verbinden. Minder gemakkelijk echter zou de schuldenaar zich laten

---

a) Indien men aanneemt, — hetgeen Opzoomer, IV, t. a. p., bl. 625 vlg., noot 2, bestrijdt —, dat ook in het geval van art. 1227 de hypotheek alleen bij notariële acte kan worden verleend, dan kan men m. i. van het regt bij dat art. toegekend, geen gebruik maken, indien de koop-overeenkomst bij onderhandsche acte is opgemaakt. Immers de kooper kan dan wel bij afzonderlijke notariële acte aan den verkooper hypotheek verleenen, maar de voorwaarde waarvan art. 1227 het daar toegekende regt afhankelijk stelt, dat de hypotheek is bedongen bij de koopacte, ontbreekt dan. Voor die hypotheek gelden derhalve de gewone regelen.

bewegen, om hypotheek te verleenen voor renten, die hij reeds schuldig is. Deze uitlegging strookt dan ook volkomen met de woorden van het artikel: hij kan inschrijving nemen.

§ **709.** Door langdurige verhuringen vermindert de verkoopwaarde der goederen, en dus ook de zekerheid der schuldeischers.

Tegen den huurder enz. En het gevolg is dan natuurlijk, dat de huur, in strijd met dit beding aangegaan, vernietigd wordt. De huurder, die er kennis van heeft kunnen en moeten dragen, heeft de nadeelen, die hij hierdoor lijden mogt, zichzelven te wijten.

§ **710.** Deze komt in het kort hierop neder: de schuldeischer, hetzij in persoon, hetzij door eenen derde, stelt aan den bewaarder van den kring, waarin de goederen gelegen zijn, ter hand twee borderellen, vermeldende: 1°. aanduiding van den schuldeischer en van den schuldenaar, en de opgave der woonplaats door eerstgemelden binnen den kring van het kantoor gekozen; behoudens het regt voor hem en voor zijne regtverkrijgenden, om die woonplaats weder te veranderen, mits daarbij eene andere in denzelfden kring aanwijzende; 2°. de dagteekening en den aard van den regtstitel, met opgave van den ambtenaar, die dezen heeft opgemaakt, of van den regter, die de goederen heeft aangewezen; 3°. het bedrag der inschuld; 4°. de aanduiding van den aard en de ligging der goederen; 5°. de bedingen, die, naar aanleiding van artt. 1223, 1230 of 1254 (zie boven, *ad* § 704, 709, en beneden, *ad* § 721) mogten gemaakt zijn, artt. 1231, 1234. Eén dezer borderellen kan gesteld worden op het uitgegeven afschrift van den titel, art. 1231; doch het is niet meer noodig, zoo als gevorderd werd in art. 2148 *C. N.*, dien titel aan den bewaarder te vertoonen. Hiervan kan, wel is waar, het gevolg zijn, dat somtijds verkeerde of bovenmatige inschrijvingen zullen genomen worden, buiten weten van hem, op wiens goederen zij geschieden, hetzij om zijn crediet te benadeelen, hetzij met een ander doel; doch deze gevallen zullen zeldzaam zijn, omdat men zich daardoor altijd, behalve aan de kosten der inschrijving, zou blootstellen aan gegronde vorderingen tot schadevergoeding, en men achtte het minder dienstig den bewaarder

tot regter te maken van de geldigheid of de ongeldigheid der titels, hetgeen toch het gevolg der vertooning zou zijn, als men die .niet tot eene bloote formaliteit wilde maken. *Regtsg. Bijdragen*, IX, 219, 220; *Krit. Zeitschr.*, VII, 194, 195. — De bewaarder behoudt één der borderellen, ten einde het in zijn register in te schrijven; hij geeft het andere onmiddellijk terug aan hem die de inschrijving verzocht heeft, na aan den voet den dag der overgave te hebben vermeld. Des gevorderd voegt hij, uiterlijk binnen 24 uren, daarbij het nommer, waaronder de inschrijving in zijne registers heeft plaats gehad, art. 1232.

In het geval van art. 1154 houden de borderellen de vermelding in van den aard en de ligging der goederen, en zijn zij vergezeld van een authentiek afschrift van den eisch tot afscheiding en van de dood-acte van den overledene, of van een ander deugdelijk bewijs, dat de regtsvordering is aangevangen binnen zes maanden na het openvallen der nalatenschap, art. 1233.

De inschrijving kan ter zake van verzuim van de voorgeschreven formaliteiten alleen worden vernietigd, in geval de schuldenaar of de schuldeischer, de schuld of het bezwaarde goed niet voldoende is aangeduid, art. 1235.

§ 711. De tegenovergestelde bepaling van art. 2154 *C. N.*, volgens welke de inschrijving aan de hypotheek slechts kracht gaf gedurende tien jaren, was bij ons door de wet van den 22sten December 1828 (*Stbl.* n°. 84) reeds afgeschaft, met dat gevolg, dat, van den 1 Januarij 1829 af, de tienjarige vernieuwingen niet meer zouden behoeven te geschieden. De voorname reden, die den Franschen wetgever tot het vastgestelde bij het aang. art. 2154 had bewogen, was, omdat, indien de inschrijving de hypotheek zonder vernieuwing in stand deed blijven, het na verloop van eenigen tijd, uiterst moeijelijk en dikwijls bijna onmogelijk zou wezen, met zekerheid te kunnen weten, of een onroerend goed door den eigenaar of door zijnen voorganger met hypotheek bezwaard was geworden. De bewaarder zou, om zich hiervan te overtuigen, de registers van eene halve eeuw en meer moeten naslaan, en zou ook dan nog dikwijls niet voor de juistheid zijner verklaring kunnen instaan. LOCRÉ, VIII, 214, 215. — Men

heeft sedert ook nog ten voordeele dezer vernieuwingen gezegd, dat daardoor de omslagtige en kostbare formaliteiten der doorhalingen worden vermeden, indien de hypotheken na het verloop der tien jaren afgelost werden, omdat dan het niet vernieuwen der inschrijving haar van regtswege doet vervallen. Wat het eerste betreft, onder de Fransche wetgeving, toen de inschrijvingen op naam der eigenaars geschiedden, was deze grond zeker zeer gewigtig. Bij ons echter, nu de hypotheken op de goederen zelve worden ingeschreven, zoodat men bij eenen enkelen oogopslag zien kan, of een perceel al dan niet bezwaard is, zal die zwarigheid niet, of althans in veel mindere mate, bestaan *a*). Ook het tweede voordeel van de vernieuwing, dat in allen gevalle slechts bestaan zou, indien de aflossing geschiedde juist op het tijdstip, dat de hypotheek op nieuw zou moeten worden ingeschreven, achtte men niet genoegzaam, om eene op zich-zelve noodelooze, en dikwijls even moeijelijke als kostbare formaliteit op nieuw in de wet op te nemen. Verg. *Regtsg. Bijdr.*, IX, 220; *Krit. Zeitschrift*, VII, 195.

Doorhaling.

§ **712.** Voor de doorhaling is dus niet de bloote opgave van

---

a) De ondervinding heeft de onjuistheid hiervan aangetoond Niet zelden moet een onderzoek naar de al dan niet bezwaardheid van een perceel zich uitstrekken tot registers van zeer oude dagteekening. Door de voortdurende toeneming van het aantal deelen dier registers, en de herhaalde splitsing en hersplitsing van perceelen, ten gevolge waarvan deze oorspronkelijk onder *één* kadastraal nummer aangeduid, later onder een tal van nummers geboekt moesten worden, werd dat onderzoek steeds tijdroovender en de vertrouwbaarheid van het te verkrijgen resultaat geringer. Te regt kon dan ook reeds in 1875 de Regering verklaren, dat de hypothecaire boekhouding meer en meer onbruikbaar werd om aan de eischen van spoed en zekerheid, onmisbaar in zake van credietverleening, te beantwoorden (zitting 1874—1875 — **168**. — 3, § 1). Aan deze bezwaren te gemoet te komen was het doel der wet van 5 Junij 1878, *Stbl.* n°. 90. Daarbij werd bepaald, dat alle op 1 Jan. 1879 bestaande hypothecaire inschrijvingen binnen twee jaren na dat tijdstip vernieuwd moesten worden, in welk geval dezelfde rang en dezelfde regten behouden zouden worden, die door de inschrijving waren verkregen; dat bij gebreke hiervan de inschrijving zou ophouden van kracht te zijn, en dat de schuldeischer daarna nog wel de inschrijving kon doen bewerkstelligen, maar dat alsdan de kracht en de rang dier inschrijving bepaald zouden worden naar de dagteekening daarvan. Raadpleging van vroegere registers dan die sedert 1 Jan. 1879 gehouden, is daardoor in den regel voor een onderzoek naar de al dan niet bezwaardheid van een perceel onnoodig geworden.

den schuldenaar voldoende, gelijk die van den schuldeischer voor de inschrijving. Want ware dit zoo, dan zou alle zekerheid van den schuldeischer aan de willekeur van den schuldenaar zijn overgelaten. De doorhaling toch doet de inschrijving (niet altijd noodzakelijk ook de hypotheek) verloren gaan; en, bij gebreke van inschrijving, heeft de hypotheek geene kracht hoegenaamd, art. 1224 *a*). De bewaarder wordt hierdoor echter geen regter noch over de geldigheid van de acte, noch over de bevoegdheid of de bekwaamheid der partijen. Hij kan derhalve de doorhaling niet weigeren, noch onder voorwendsel van een gebrek in den vorm der acte, noch op grond, dat de schuldeischer onbekwaam is om over zijne regten te beschikken, uit hoofde van minderjarigheid, curatele enz., noch eindelijk onder het voorwendsel, dat hij, die in de doorhaling toestemt, niet de ware of de eenige erfgenaam van den schuldeischer is. De beslissing van zoodanige verschillen behoort aan den regter, en niet aan den bewaarder, die alleen te onderzoeken heeft, of men hem eene authentieke acte of een vonnis ter hand stelt, waarbij hij tot de doorhaling gemagtigd wordt. DURANTON, XXI, 193, 194. Dat zoodanig de bedoeling der wet geweest is, bewijst de beraadslaging zeer ondubbelzinnig. Er is bovendien in de wet zelve geene enkele bepaling te vinden, waaruit middellijk of onmiddellijk valt af te leiden, dat den bewaarder zulk een recht van onderzoek wel zou toekomen. Immers, wanneer hier gesproken wordt van bevoegde belanghebbende partijen, dan beteekent dat niet, dat de hypotheek-bewaarder over die bevoegdheid een onderzoek moet instellen, maar eenvoudig dat alleen de bevoegde partijen tot de doorhaling *cum effectu* kunnen magtigen, en dat de doorhaling gedaan op last van een onbevoegden persoon nietig en krachteloos is. En dat dit laatste werkelijk het geval is,

---

a) Volgens DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 535, zou de Schr. dezer *Handl.* van meening zijn, dat de doorhaling, zelfs de niet geldige, de inschrijving zou vernietigen, en daardoor de hypotheek opheffen. De aanhef dezer § moge aanleiding geven tot deze opvatting. Dat de Schr. der *Handl.* van een ander gevoelen is, blijkt m. i. uit den verderen inhoud dezer § en uit het beneden ad § 723, 2°. aangeteekende.

blijkt reeds daaruit, dat de doorhaling op zich zelve niet behoort tot de middelen, waardoor hypotheek te niet gaat, art. 1253; zie voorts beneden *ad* § 723, n°. 2. Dat onderzoek van den bewaarder zou ook juist daarom geenerlei nut of doel hebben, daargelaten nog, dat de wet zeker geen onderscheid maakt tusschen acten en vonnissen; dat, indien voor de eersten dat regt van onderzoek bestaat, het voor de laatsten niet kan worden geweigerd, hoezeer de toepassing daarvan op vonnissen zeer zeker wel geheel onaannemelijk, zoo al niet onmogelijk, zijn zal. Aldus ook beslist bij arrest van den hoogen raad van 14 April 1843, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, IV, 433—442. Men zie voorts deze vraag zeer in het breede en in verschillenden zin behandeld in *Themis*, 1842, bl. 1—25, 105—123, 189—200; 1843, bl. 263—276; en A. F. JONGSTRA, *Pleitrede over de verpligting van bewaarders van hypotheken* enz.

Doorgehaald *a*).

§ **713**. Eene authentieke akte. Moet de doorhaling ook geschieden op eene akte in brevet, of is daartoe altijd noodig eene akte, in minuut verleden? — Sommige hypotheekbewaarders hadden het laatste beweerd, op grond van art. 20 der wet van 25 *Vent.* XI, dat als regel stelt, dat alle notariële akten in minuut moeten worden verleden, met uitzondering alleen van eenige zoogenaamde *actes simples* in hetzelfde artikel opgenoemd, en waartoe deze niet zou behooren. — Wat er nu ook van dit laatste zijn moge, was deze geheele vreemdsoortige bewering reeds moeijelijk vol te houden onder de wet van *Ventôse:* 1°. om de duidelijke bewoordingen van art. 1240, dat, sprekende van eene authentieke akte OF van een authentiek afschrift van zoodanige akte, onder beiden niet hetzelfde kon verstaan hebben, zoodat één van beiden moest waar zijn, òf

a) De inschrijving wordt niet onleesbaar gemaakt door een streep er door te halen, gelijk de uitdrukking zou doen vermoeden, maar blijft geheel ongeschonden bestaan. Alleen wordt op den kant der inschrijving eene door den bewaarder gedagteekende en onderteekende verklaring geplaatst, houdende vermelding van de ten kantore overgelegde bewijsstukken, art. 15 K. B. van 8 Aug. 1838, *Stbl* n°. 27. Zie ook art. 4 van het K. B. van 30 Julij 1878 (*Stbl.* n°. 104).

de woorden authentieke akte beteekenden niets, òf zij beteekenden eene akte in brevet; 2°. om de geschiedenis van het artikel, indien de woorden (des neen) nog iets te wenschen mogten overlaten: art. 1269 van het Wetb. van 1830 sprak even als art. 2158 *C. N.* alleen van afschriften; bij de herziening zijn er de woorden authentieke akte bijgevoegd, juist met het doel om daaronder akten in brevet te begrijpen. De jurisprudentie had dan ook die leer reeds verworpen. Zie b. v. een vonnis van de arrondissements-regtbank te Alkmaar, van den 2den Mei 1839, te vinden in het *Regt in Ned.*, II, 61—64, bevestigd bij arrest van het hof in Holland van 9 Oct. 1839, aldaar II, 334; zoo ook een vonnis van de arrondissements-regtbank te 's Gravenhage van den 9 Augustus 1839, in het *Weekbl.* n°. 47. Zie ook arrest van den hoogen raad van 11 Junij 1840, bij VAN DEN HONERT, Afd. B. R., I, 196—199. Alle mogelijke twijfel echter is zeker vervallen na de invoering der wet op het notaris-ambt, van 9 Julij 1842, *Stbl.* n°. 20, die bij art. 38 *a*) de akte van doorhaling uitdrukkelijk opnoemt onder diegenen, waarvan de uitgifte kan geschieden in originali.

Schriftelijke volmagt *b*).

Gevolgen tegen derde bezitters.

§ **714.** De vervolging moet dus worden aangevangen tegen den schuldenaar. Het goed is verbonden tot zekerheid van de schuld; er kan dus geene hypotheek worden vervolgd, of het moet vooraf zeker zijn, dat er eene schuld bestaat. Dit nu kan de schuldeischer alleen uitmaken met den oorspronkelijken schuldenaar, en niet met den derden bezitter van het goed, die niet weten kan, of de schuld betaald of verjaard is, of welke andere verdediging of exceptie de schuldenaar tegen de vordering kan

---

a) In dat artikel is voor zooveel het hier behandelde onderwerp betreft, geen wijziging gebragt door de wet van 6 Mei 1878 (*Stbl.* n°. 29).

b) Vroeger kon ook krachtens mondelinge volmagt toestemming worden verleend tot doorhaling van hypotheken. Niet zelden werd hiervan misbruik gemaakt, door eene mondelinge lastgeving voor te wenden, waar deze in werkelijkheid niet verstrekt was. Ter voorkoming hiervan stelde de wet van 5 Junij 1878, *Stbl.* n°. 89, eene schriftelijke, notariële of onderhandsche, volmagt verpligtend.

hebben aan te voeren. De schuldenaar heeft er het grootste belang bij, uit hoofde van het verhaal van den derden houder jegens hem, om kennis te dragen van het beslag, en de uitwinning te beletten, zoo hij daartoe gronden heeft. Daarom wordt hem het bevel gedaan; ten einde hem in de gelegenheid te stellen tegen de exécutie in verzet te komen. Men is bij de laatste herziening geheel afgeweken van het stelsel van het Fransche regt, artt. 2166—2179 *C. N.*, en van het daarmede grootendeels overeenstemmende stelsel van artt. 1271—1282 van het Wetb. van 1830. Volgens beiden bleef de derde bezitter, als zoodanig, uit de enkele kracht der inschrijvingen, voor alle hypothécaire schulden verbonden, behoudens zijn regt om zich van de betaling te bevrijden door afstand te doen van het goed.

§ **715.** De exceptie van discussie, die hier aan den derden bezitter gegeven wordt, was hem bij de artt. 2170 en 2171 *C. N.* alleen toegekend, indien er eene algemeene hypotheek bestond, en niet wanneer het uitgewonnen goed spéciaal verbonden was voor eene zekere schuld. Daar nu bij ons alle hypotheken spéciaal zijn, heeft de tegenwoordige bepaling vele tegenkanting gevonden. Sommigen beschouwden haar als strijdig met den aard van den hypotheek, als zijnde een regt, dat op de verbonden goederen zelve kleeft, en meenden dat die strijd te grooter was in eene wet, die het beginsel van spécialiteit zoo onbepaald huldigt. Deze tegenwerpingen zouden zeer gegrond zijn, indien de schuldeischer kon genoodzaakt worden vooraf al de goederen van den schuldenaar aan te spreken; maar zij verliezen veel van hare kracht, wanneer men bedenkt, dat de derde bezitter de exceptie van discussie niet kan inroepen, tenzij hij kunne aanwijzen, dat zich alsnog in het bezit van den oorspronkelijken schuldenaar bevinden één of meer onroerende goederen, mede hypothécair voor dezelfde schuld verbonden. Op deze wijze heeft men gemeend het stelsel van spécialiteit in zijn geheel te laten, en eene bloote bepaling van billijkheid daar te stellen, die de regten der schuldeischers in overeenstemming brengt met de belangen van derde bezitters. *Regtsg. Bijdr.*, IX, 220; *Krit. Zeitschrift*, VII, 195, 196.

§ 718. Hij die door koop of op eenige andere wijze eigenaar is geworden van een met hypotheek bezwaard onroerend goed, heeft zich jegens de hypothécaire schuldeischers stilzwijgend verbonden om hun pand te bewaren en als een goed huisvader te besturen. Hij heeft het goed overgenomen met de daarop rustende lasten, en hij heeft zich van die lasten kunnen overtuigen door de inzage der registers.

Te niet gaan van hypotheken.

§ 719. Art. 2180 *C. N.* gaf als vierde middel van te niet gaan eener hypotheek de verjaring op. Dit beteekende evenwel niet, dat de hypotheek door verjaring kon te niet gaan zoo lang de schuld, tot zekerheid van welke zij gegeven was, nog bestond. maar alleen, dat de reëele of hypothécaire regtsvordering te gelijk met de persoonlijke verjaarde. DURANT., XX, 306. En in dien zin gaat ook bij ons hypotheek nog door verjaring te niet, zonder dat het daarom noodig was dit in de wet uitdrukkelijk te zeggen, aangezien het toch van zelf reeds volgt uit de bepaling van art. 1253, 1°., dat hypotheek te niet gaat door het te niet gaan der hoofdverbindtenis; heeft deze dus door verjaring opgehouden te bestaan, dan houdt ook de hypotheek op.

§ 720. Volgens het Romeinsche regt, en ook volgens onze vroegere wetgevingen, had die zuivering alleen plaats ten gevolge van eenen gedwongen en niet van eenen vrijwilligen verkoop, waarin de hypothécaire schuldeischer niet had toegestemd. *L.* 15 *C. de pign.*, *l.* 12 *C. de distr. pign.;* VOET., *ad tit. D. qb. mod. pign. vel hyp. solv.*, 6; DE GROOT, *Inl.*, II, 48, 24, in de noot. Zie ook art. 1812 van het Holl. Wetb. *Nap.* — Maar het gevolg hiervan was veelal, dat de met hypotheek bezwaarde goederen ten eenenmale onverhandelbaar werden, omdat niemand een goed wilde koopen, dat boven den koopprijs bezwaard was. De schuldeischers lijden ook eigenlijk door de zuivering geene schade. Zij hadden het onroerend goed tot onderpand van hunne inschuld. Maar, om hunne regten daarop te verhalen, moesten zij het altijd eerst te gelde maken, ten einde uit de opbrengst betaald te worden, volgens de orde van inschrijving, art. 1242.

De later ingeschrevenen verkregen derhalve niets, als de kooppenningen door de voldoening der vroeger ingeschrevenen waren uitgeput. En niet anders zijn de gevolgen der zuivering. De kooper moet eene geregtelijke rangschikking der hypothécaire schuldeischers doen openen, en hij is tot dezelfde verpligtingen gehouden, onder genot van dezelfde tijdsbepalingen en uitstellen als de oorspronkelijke schuldenaar, voor zoo verre de koopprijs strekt. Is deze echter niet genoegzaam, om al de op het goed rustende lasten te dekken, dan worden die vorderingen, die niet of slechts gedeeltelijk batig zijn gerangschikt, geheel of gedeeltelijk doorgehaald, art. 1257. De schuldeischers, welke die doorhaling treft, verliezen hierdoor, wel is waar, hunne hypotheek, maar zij zouden die ook verloren hebben, als zij-zelve het goed geregtelijk hadden doen verkoopen, en zij hebben het zich-zelven te wijten. als zij geld geschoten hebben op een goed, waarvan de waarde reeds geheel bezwaard was, of welks onbezwaarde waarde althans niet meer voldoende was, om tot zekerheid hunner vordering te strekken. Het zou echter kunnen gebeuren, dat, ten gevolge van zamenspanning tusschen den schuldenaar en den kooper, het goed beneden de waarde verkocht, of dat er een valsche koopprijs opgegeven werd, ten einde den schuldeischer op eene bedriegelijke wijze van zijne zekerheid te berooven. De wet heeft hiertegen gewaakt, door te bepalen, in art. 1255, dat de zuivering alleen zal kunnen plaats hebben ten gevolge van eenen openbaren en niet van eenen onderhandschen verkoop. Het gebeurt ook meermalen, dat de schuldeischer bij het vestigen der hypotheek bedingt, dat zij binnen eenen zekeren tijd niet zal mogen afgelost worden. De schuldenaar wordt daardoor echter niet beperkt in zijn vermogen, om het bezwaarde goed te verkoopen, en zou dus, door dit binnen den bepaalden tijd te doen, inzonderheid bij eene groote daling van prijzen, eerstgenoemden merkelijk kunnen benadeelen. Daarom heeft art. 1254 den eersten hypothécairen schuldeischer een middel gegeven zich hiertegen te vrijwaren, door met den schuldeischer overeen te komen, dat de zuivering bij willige verkooping geene plaats zal hebben, en daarvan op de registers aanteekening te doen. *Krit. Zeitschr.*, VII, 196, 197.

Openbare bekendheid der registers.

§ **723.** Zie boven, *ad* § 699.

1°. Art. 2196 *C. N.* legde aan de bewaarders wel deze tweede, doch niet de eerste verpligting op. Deze is daarom nuttig en heilzaam, omdat het gebeuren kan, dat de bewaarder, hetzij uit dwaling, hetzij ter kwader trouw, onnaauwkeurige afschriften afgeeft, en omdat de belanghebbenden op deze wijze in staat gesteld worden zich-zelven van de waarheid te overtuigen *a*).

2°. Wanneer de doorhaling ten verzoeke van eenen onbevoegden persoon gedaan is, is zij krachteloos; de hypotheek blijft bestaan. De verklaring van den bewaarder bewijst alleen, dat de doorhaling *facto* heeft plaats gehad, zonder te beslissen, of dit te regt of ten onregte geschied zij. Door deze enkele vermelding worden de belanghebbenden op het feit der doorhaling opmerkzaam gemaakt, en worden zij tevens in staat gesteld, om daarnaar, des verkiezende, verder onderzoek te doen. Zie echter *Regtsk. Tijdschr. voor het Notaris-ambt*, V, 28—46, waar het tegendeel wordt beweerd, op gronden nogtans, die meer het verkeerde en onregtskundige der bepaling dan het niet bestaan daarvan bewijzen.

Verantwoordelijkheid der bewaarders.

§ **724.** 2°. Door dat verzuim wordt het goed van de werkelijk bestaande lasten niet ontheven, behoudens de verantwoordelijkheid van den bewaarder jegens hem, die het getuigschrift, waarin de misslag heeft plaats gehad, verlangd heeft, en onverminderd het verhaal van den bewaarder op de schuldeischers, die

---

a) De inschrijvingen die reeds op 1 Jan. 1879, zijnde het tijdstip waarop de wet van 5 Junij 1878 (*Stbl.* n°. 90), in werking is getreden, bestonden en niet binnen twee jaren na eerstgemeld tijdstip zijn vernieuwd, hebben hare kracht verloren, en worden derhalve niet vermeld op het afschrift of getuigschrift, bedoeld in art. 1265 *B. W.*; art. 4 van gemelde wet. — Hieruit volgt dat, wanneer eene op 1 Jan. 1879 bestaande doch doorgehaalde inschrijving niet is vernieuwd, alsdan op die doorhaling niet van toepassing is het tweede lid van art. 1265, omdat, welke de kracht dier doorhaling ook zij, de inschrijving bij gemis aan vernieuwing, hare kracht heeft verloren.

onverschuldigde betaling hebben genoten, art. 1267. Bij voorb. er bestaan op een huis twee inschrijvingen, ééne van *f* 20,000, en de tweede van *f* 10,000. De bewaarder heeft een getuigschrift afgegeven, waarop hij verzuimd heeft de eerste hypotheek te vermelden, aan iemand, die daarop het huis voor *f* 20,000 gekocht, en daarvan *f* 10,000 aan den tweeden hypothécairen schuldeischer betaald heeft. De eerste schuldeischer kan zijne *f* 20,000 van den kooper vorderen, die op zijne beurt *f* 10,000 op den bewaarder kan verhalen, omdat hij door het verzuim van dezen is genoodzaakt geweest *f* 30,000, in plaats van *f* 20,000, te betalen. De bewaarder eindelijk heeft het regt, om deze *f* 10,000 terug te vorderen van den tweeden schuldeischer, die niets had moeten ontvangen, en die door dit onwillekeurig verzuim, dat hem in geenen deele benadeelt, zich niet mag verrijken. Art. 2198 *C. N.* echter bepaalde het tegendeel van ons artikel.

5°. *a*).

a) Het gebod van art. 1268 is onvoorwaardelijk. De bewaarder mag dus de inschrijving of de overschrijving niet weigeren, op grond dat de hem aangeboden acten niet geldig of onvolledig zouden zijn. Arrest van den hoogen raad van 17 Maart 1876, *W.* n°. 3972.

DERDE BOEK.

VAN VERBINDTENISSEN.



Getrouw aan het aangenomen beginsel van behandeling (boven in mijne Inleiding, bladz. 4, opgegeven), om in geene breedvoerige redeneringen te treden over die wetsbepalingen, die men ons onveranderd, onvermeerderd en onverminderd, uit de vroegere wetgeving heeft teruggegeven, zullen de aanteekeningen op dit derde boek voor merkelijke bekorting vatbaar zijn, ofschoon ook het onderwerp der verbindtenissen en overeenkomsten, in de nieuwe wetgevingen zoo kort behandeld, tot breedvoerige ontwikkelingen aanleiding kunne geven. Hebben wij toch in het eerste en tweede boek dikwijls de beginselen van het Fransche regt geheel verworpen, en nieuwe daarvoor in de plaats gesteld gevonden; hebben wij meermalen in de afzonderlijke wetsbepalingen gewigtige en belangrijke veranderingen aangetroffen: — geheel anders is het gelegen met de leer der verbindtenissen en der overeenkomsten, die, op enkele uitzonderingen na, bijna letterlijk uit het Fransche wetboek is overgenomen. En die uitzonderingen gelden dan nog grootendeels, behalve de invoeging van twee nieuwe titels (8 en 10) en eenige verbeteringen van redactie, de rangschikking der onderwerpen, waarin ons wetboek, zoo hier als elders, onmiskenbaar groote verdiensten heeft boven den *Code*. Maar in den grond der zaken, in de beginselen, die den grondslag van het geheele stelsel uitmaken, in de algemeene regels over dit zoo belangrijk gedeelte van het burgerlijk regt, in de meer bijzondere daaruit voortvloeijende gevolgtrekkingen, is genoegzaam niets veranderd. En, wat zou het ook gebaat hebben hier te veranderen, hier het oude te verwerpen en nieuwe wetsbepalingen vast te stellen? — De eer der uitvinding behoort hier even weinig aan

de zamenstellers van den *C. N.* als aan onze wetgevers. De leer der contracten is uit het Romeinsche regt door POTHIER in zijne *Traités* en bepaaldelijk in zijn *Traité des obligations* overgenomen; de fragmenten der Romeinsche regtsgeleerden, door de pandecten wijd en zijd verspreid, zijn door hem verzameld en tot één geheel gevormd, in stelselmatige en wetenschappelijke verhandelingen; — uit deze werken zijn zij, van alle wetenschappelijke ontwikkeling weder ontdaan, maar tot de korte en beknopte taal der wet teruggebragt, in den *Code* overgegoten: »*le meilleur commentaire de ce titre*", zegt MALLEVILLE in zijne *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'État.*, *Préf. ad* Tit. III, L. III, »*se trouve dans le Traité des obligations de* POTHIER, *dont il n'est guère que l'extrait.*" — En zoo is dan eindelijk in ons wetboek, langs al deze omwegen, ook opgenomen dat gedeelte der Romeinsche wetgeving, dat eene beproefde ondervinding van vele eeuwen bewezen heeft inderdaad, in den grond der zaken, voor geene veranderingen en verbeteringen meer vatbaar te zijn, omdat het gegrond is op die ware en eeuwige rede, die voor allen en overal dezelfde is; omdat het wetten zijn, die men niet aan de vindingen van regtsgeleerden verschuldigd is, en die door geenen wetgever, met het oog op de bijzondere belangen en behoeften zijner natie, uitgedacht zijn, maar enkele uitvloeisels van de natuurlijke billijkheid en van het gezond verstand, enkele geschreven rede (*ratio scripta*). — Maar nu laat het zich ook begrijpen, hoe moeijelijk het hier is, niet te veel en ook niet te weinig te zeggen, hoe weinig nieuws er voor ons nog te zeggen kan zijn over een onderwerp, dat reeds zoo oud is, en dat reeds door zoo velen uitvoerig is behandeld, en dat men best doet, bij de verklaring van dit gedeelte van het wetboek, zich vooral toe te leggen op kortheid, en overigens te verwijzen niet alleen naar de schrijvers over den *Code*, maar ook vooral naar het Romeinsche regt. — Zie ook VOORDUIN, V, 3—5, 13, 14. Ten slotte herinneren wij hier onze Nederlandsche regtsgeleerden aan de woorden van BIGOT-PRÉAMENEU, — in zijn *Exposé des motifs* op dezen titel van het Fransche wetboek, — wiens woorden ook bij ons hunne volle toepasselijkheid hebben

behouden: »*il* (*le droit Romain*) *n'aura pas l'autorité de la loi civile de France, il aura l'empire que donne la raison sur tous les peuples. La raison est leur loi commune. C'est un flambeau, dont on sent spontanément la lumière. Elles seraient bien mal entendues, les dispositions du Code civil relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité, dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines; c'est là, que sont les développements de la science du juste et de l'injuste, c'est là, que doivent puiser ceux qui voudront y faire quelques progrès, et en général tous ceux qui seront chargés de la défense ou de l'exécution des lois, consignées dans le Code Français.*" Zie LOCRÉ, VI, 148.

TITEL I.

VAN VERBINDTENISSEN IN HET ALGEMEEN.

(Artt. 1269—1348. EERSTE GEDEELTE, § 725—772, bl. 189—198.)

Geschriften: ASSER, 470—477; VOORDUIN, V, 13—51; DIEPHUIS, IV, 15—157; OPZOOMER, II, 228—303; DIEPHUIS, *N. B. R.*, II, 103—156; OPZOOMER, *B. W.*, V; LOKE, 165—177.

Algemeene bepalingen.

§ **725**. Het ontwerp van 1820 noemde, art. 2144, HET REGT VAN INSCHULD (*active*) de bevoegdheid, om, zonder aanschouwen van eenig bezit, van een' bepaalden persoon, of ook van meer bepaalde personen, de prestatie van zekere daad of zaak te vorderen. Volgens deze bepaling zou dus (*passive*) de verbindtenis zijn de verpligting van een' bepaald persoon, of ook van meer bepaalde personen, zonder aanschouwen van eenig bezit, tot de prestatie van zekere daad of zaak. Eenvoudiger en korter is de Romeinsche bepaling, hier gebezigd, die echter hetzelfde zegt. Nader bij deze kwam ook die van DE GROOT, *Inl.*, III, 1, 1:

't recht van toebehooren dat den éénen mensch heeft op den anderen, om van hem eenige zake ofte daed te genieten. Men moet vooral zorgen de verbindtenis (*obligatio*) niet te verwarren met de overeenkomst (*contractus*, *conventio*). De overeenkomst is vrijwillig, niemand kan tot het aangaan daarvan genoodzaakt worden (artt. 1349, 1356—1364); de daaruit voortvloeijende verbindtenis is eene verpligting, een *vinculum juris*, krachtens hetwelk de verbondene tot het nakomen der gesloten overeenkomst door regtsmiddelen kan worden genoodzaakt. De overeenkomst is de oorzaak, de verbindtenis haar noodzakelijk gevolg. De overeenkomst is echter niet de eenige oorzaak, waaruit eene verbindtenis ontstaan kan: *aut enim ex contractu*, *aut ex maleficio*, *aut quasi ex maleficio*, § 2, *I. de Obl.*, HEINNECCIUS, *Recitt.*, § 771; VOET, *ad tit. D. de O. et A.*, 4 enz. Zie ook artt. 2148, 2149 van het ontwerp van 1820. Minder goed was deze belangrijke onderscheiding in den *C. N.* in acht genomen, alwaar men in denzelfden titel III van het derde boek, *des contracts ou des obligations conventionnelles*, over overeenkomsten en verbindtenissen gehandeld vindt. *Obligation conventionnelle* heette daar hetzelfde als overeenkomst, en daarom kon TOULLIER, VI, 6, ofschoon in het algemeen onjuist, echter onder het Fransche regt, zeggen: *ces termes d'obligation et d'engagement sont synonymes*, *ils ont en jurisprudence la même signification.*

De wet is de grondslag van elke verbindtenis, hetzij zij regtstreeks uit de wet hare kracht ontleene, hetzij zij ontsta uit eene daad, waaraan de wet die verbindende kracht toekent. De zoogenaamde *obligatio imperfecta* of *mere naturalis* kan alleen *in foro conscientiae* worden ingeroepen. In regten heeft zij geene kracht hoegenaamd, omdat zij niet aan de wet, maar enkel aan de natuurlijke billijkheid haren oorsprong ontleent, omdat zij geen *vinculum juris*, maar slechts een *vinculum morale* is, en omdat de wet niemand kan dwingen deugdzaam te leven en zijne zedelijke verpligtingen, waaromtrent hij alleen aan God en zijn geweten rekenschap verschuldigd is, na te komen. Zoo is wel de rijke verpligt den armen van zijnen overvloed te geven; zoo moet wel

ieder dankbaar zijn jegens zijnen weldoener, en hem op zijne beurt weldoen; maar de regter kan hem noch tot het ééne noch tot het andere noodzaken. Zie meer hierover *L.* 95, § 1 *D. de solut.*, *l.* 84 § 1 *D. de R. J.;* HEINNECCIUS, *Recitt.*, § 769; VOET, *ad tit. D. de O. et A.* 3; DE GROOT, *Inl.*, III, I, 6; POTHIER, *Tr. des obl.*, *Art. Prél.;* DELV., V, 71; TOULLIER, VI, 3 enz. Zie ook Ontwerp van 1820, art. 2150.

2°. Voornamelijk behooren hiertoe de verbindtenissen, waarover in den derden titel van dit boek gehandeld wordt. Andere voorbeelden zijn de verpligtingen van den voogd, en die, voortspruitende uit uiterste willen; de verpligtingen tusschen eigenaren van naburige erven, enz.

Verbindtenissen om iets te geven.

§ **729**. De schuldeischer wordt echter door de verbindtenis geen eigenaar van de zaak, en hij kan daarover dus niet beschikken; voor eigendoms-overgang wordt, zoo als wij vroeger, *ad* § 392, en eerste ged., bladz. 105 en 106, gezien hebben, volgens art. 639, altijd de levering vereischt, in tegenoverstelling van het bepaalde bij artt. 711, 1138 *C. N.* De zaak komt echter van het oogenblik der verbindtenis voor zijne rekening, alsof hij eigenaar ware *a*)*;* gaat zij dus vóór de levering bij den schuldenaar verloren, dan treft dit verlies alleen den schuldeischer, tenzij deze mogt kunnen aantoonen, dat het verlies aan de schuld of aan de onachtzaamheid van den schuldenaar te wijten is, in welk geval hij hem, ingevolge artt. 1271 en 1272, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen kan aanspreken.

Bij nalatigheid enz. Wanneer deze nalatigheid bestaat, leert art. 1274. Het is daartoe namelijk niet genoeg, dat hij

---

a) Waarom dit bij overeenkomsten die eigendomsoverdragt ten doel hebben, bepaaldelijk bij het koopcontract, aldus is, leert OPZOOMER, *B. W.*, bl. 71, waar hij zegt: "Ofschoon de overeenkomst en de levering gescheiden zijn, vallen ze in de algemeene schatting hier toch samen. Men acht door de overeenkomst de zaak zoo afgedaan, dat het is alsof de levering reeds geschied was en het voorwerp slechts een tijd lang nog bij den verkooper gelaten."

niet aan zijne verpligting voldaan hebbe; maar hij moet in gebreke gesteld zijn, hetzij door een bevel of andere soortgelijke akte, hetzij uit krachte der verbindtenis zelve, wanneer deze medebrengt, dat de schuldenaar in gebreke zal zijn door het enkel verloop van den bepaalden termijn. Dit ten minste zegt art. 1274. Men moet niettemin deze bepaling niet al te letterlijk opvatten, en daaruit niet met TOULLIER, II, 253, afleiden, dat nooit en in geen geval eene vordering tot schadevergoeding ontvankelijk is, indien niet eene schriftelijke in-mora-stelling is voorafgegaan. Dit zou tot groote onregtvaardigheden en zelfs tot ongerijmdheden leiden, en men zou dan zelfs moeten aannemen, dat hij, die erkent nalatig geweest te zijn, tot geene vergoeding zou gehouden zijn, indien hij niet schriftelijk was in verzuim gesteld. De zin van dit artikel is veeleer, dat dáár, waar eene eigenlijk gezegde in-mora-stelling noodig is, die geschiedt bij bevel of soortgelijke akte, zonder dat daarbij beslist wordt, wanneer dit noodig is; en zonder dat dit bij gevolg noodzakelijk medebrengt, dat men op geene andere wijze in verzuim zijn kan; en die uitlegging ontleent niet weinig kracht aan de woorden van het Fransche art. 1146 *C. N.: est en demeure*. Men heeft dat wel is waar bij ons, in art. 1279, min juist vertaald door: na in gebreke te zijn gesteld, zonder dat het echter blijkt, dat men daarmede eene wezenlijke verandering heeft willen invoeren. ASSER leert integendeel, dat men de bepaling van art. 1146 *C. N.* in ons B. W. letterlijk heeft overgenomen. Daarbij komt eindelijk nog: 1°. dat art. 1303 voor de actie tot schadevergoeding niets anders vordert dan het bewijs, dat de overeenkomst niet is nagekomen; 2°. dat de niet-vervulling van eene verpligting, die men bij overeenkomst heeft op zich genomen, eene onregtmatige daad is, die naar art. 1401 verpligt tot vergoeding, zonder dat ook dáár weder eene voorafgaande schriftelijke inverzuim-stelling tot de bestaanbaarheid der actie gevorderd wordt *a*). Zie ook *Regtsg. Adv.*, IV, 117, 118. Het artikel regelt den

---

a) Dit beroep op art. 1401 gaat hier, waar sprake is van contractuele wanpraestatie, m. i. niet op. Zie beneden, mijne noot ad § 802.

vorm der in-mora-stelling, niet de zaak zelve; en het verzuim bestaat, onafhankelijk van de akte, die alleen dient om het te constateren. Wat wordt er nu voor den vorm vereischt? — Een bevel of soortgelijke akte. Maar wat moet men onder dit laatste verstaan? Voorzigtig is het zeker zich altijd te bedienen van een deurwaarders-exploit, omdat het bewijs, in geval van ontkentenis, anders zeer moeijelijk worden kan; maar een noodzakelijk vereischte is dit niet. Het woord soortgelijk slaat meer op den inhoud en op den aard, dan op den vorm; en soortgelijke akte is dus iedere akte geschikt om van het verzuim te doen blijken. Een brief derhalve, die ook eene akte is, is voldoende, want ook daarmede kan het doel bereikt worden. En bovendien, omdat, gelijk wij gezien hebben, de schuldenaar ook zonder eenige akte in verzuim kan zijn, moet zeker *a fortiori* een brief genoeg zijn. Zoo werd het ook begrepen bij een arrest van het Hof in Noord-Holland van 18 December 1856, in *Weekbl.* n°. 1928. Anders echter *Themis*, 1840, bl. 32—37. Art. 1139 *C. N.* hield eene soortgelijke bepaling in, maar de laatste zinsnede luidde dààr: *par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.* Deze redactie heeft de vraag doen ontstaan, of het noodig was, deze woorden in hun geheel in de overeenkomst uit te drukken. Zie b. v. TOULLIER, VI, 249; DELV., V, 226, 227. Bij ons echter schijnt deze vraag, na de aanmerkelijke verandering van redactie, die het artikel ondergaan heeft, aan geen ernstigen twijfel meer onderhevig te kunnen zijn. Ons artikel toch zegt: uit kracht DER VERBINDTENIS, wanneer deze MEDEBRENGT enz. Hieruit volgt: 1°. dat het niet alleen toepasselijk is op die verbindtenissen, die uit overeenkomst, maar ook op die, welke uit de enkele kracht der wet, b. v. ten gevolge van een uitersten wil, of van iedere andere oorzaak, ontstaan; 2°. dat, indien er derhalve in het geheel geene overeenkomst noodig is, om den schuldenaar *ipso jure in mora* te stellen, *a fortiori*, wanneer er eene overeenkomst bestaat, het niet noodig is, dat deze dit letterlijk en uitdrukkelijk bepale; maar dat het genoeg is, indien

de aard der daarbij bedongen verbindtenis dit medebrengt, b. v. als gij met uwen tuinman een accoord aangaat, dat hij u het zaad zal leveren van zeker gewas, om daarmede dit jaar uwen tuin te bezaaijen; en wanneer deze den zaaitijd heeft laten voorbijgaan, zonder aan zijne verpligting te voldoen, dan is hij *eo ipso in mora*, omdat de aard zijner verbindtenis medebragt, dat hij vóór het verloop van dien termijn u het zaad leveren moest *a*). Eene andere vraag echter is het, of bij ons voor de verbindtenissen met tijdsbepaling (*obligations à terme*) weder de Romeinsche regtsregel *dies interpellat pro homine* gelden zal, met andere woorden, of de schuldenaar, die de bedongen tijdsbepaling heeft laten voorbijgaan, zonder aan zijne verpligting te voldoen, zonder eenige aanmaning in mora zal zijn. — Zie over dezen regel: *L.* 32 *D. de usur.; l.* 12 *C. de contr. et committ. stip.;* Voet, *ad tit. D. de usuris*, 26. Te regt wordt die geprezen door Toullier, VI, 241, 242, omdat in dit geval de schuldenaar niet kan voorwenden niet geweten te hebben, dat op dien bepaalden tijd de schuldeischer de verschuldigde zaak wilde ontvangen, zoo als hij dit vooraf bedongen had. Maar wat hiervan zij, men kan dezen regel ook bij ons niet zoo onvoorwaardelijk aannemen. Art. 1274 toch, door te zeggen, dat de schuldenaar in gebreke gesteld wordt uit krachte der verbindtenis, wanneer deze medebrengt, dat hij dit zijn zal door het enkel verloop van den bepaalden termijn, schijnt wel degelijk te vooronderstellen, dat er ook gevallen kunnen zijn, waarin ook deze verbindtenis dit niet medebrengt. Intusschen schijnt het niet minder zeker te zijn, dat men altijd vooronderstellen mag, dat zoodanig de bedoeling der partijen geweest is, indien aan het laten verloopen van den gestelden termijn eene strafbepaling is verbonden *b*). Bij voorb., wanneer bij een huurcontract bedongen is, dat de huurder genoodzaakt zal zijn op of binnen zekeren tijd na den vervaldag den huurprijs te betalen op straffe van zijn regt als huurder te verliezen, dan is het wel onmisken-

---

a) Anders Opzoomer, t. a. p., ad art. 1274.

b) Aldus beslistte de hooge raad o. a. bij arr. v. 18 Febr. 1876, *R.*, d. CXII, § 13.

baar de bedoeling der partijen geweest, dat door het enkel verloop van dien termijn de huurder in mora zal zijn, zonder eenige aanmaning of andere akte. Hetzelfde heeft ook plaats bij den verkoop b. v. van een paard, dat dadelijk betaald wordt en over eene maand moet geleverd worden, met de bepaling, dat de verkooper voor iederen dag, dien hij het verkochte later levert, *f* 10 van den ontvangen koopprijs zal moeten teruggeven. Levert de verkooper nu niet op den bepaalden dag, dan is hij juist daardoor in mora; komt dus het paard na dien tijd te sterven, dan moet hij dat verlies lijden, en de kooper kan den geheelen koopprijs terugvorderen, omdat de zaak van het oogenblik der nalatigheid voor rekening van den schuldenaar is gekomen, art. 1273. De kooper kan daarenboven vergoeding van kosten, schaden en interessen vragen, indien hij bewijst, dat de verkooper voor het behoud van het paard niet behoorlijk gewaakt heeft, art. 1272.

Verbindtenissen om iets te doen of niet te doen.

§ **730**. *Nemo potest praecise cogi ad factum*, is een regel zoowel van het Romeinsche en van het Fransche alsook van ons tegenwoordig regt. § 7 *I.*, *l.* 72 *D. de V. O.;* POTHIER, t. a. p., n°. 178; TOULLIER, VI, 216, 217; DURANT., XI, 453 enz. — Iemand regtstreeks tot het verrigten of nalaten eener daad te dwingen, zou zelfs *physice* onmogelijk zijn. Maar men zou hem middellijk, door verkoop zijner goederen of door lijfsdwang, daartoe kunnen noodzaken, gelijk de wet dit zelfs in enkele gevallen toelaat. Zoo kan b. v. de rekenpligtige, die in gebreke blijft om op den door den regter bepaalden dag zijne rekening en verantwoording te doen, daartoe worden genoodzaakt door de in-beslag-neming en den verkoop zijner goederen, tot zoodanig bedrag, als bij het vonnis zal worden bepaald, en zelfs door lijfsdwang, art. 772 Wetb. van Burg. Regtsv. — Uit eerbied, misschien wel eenigzins overdreven, voor de persoonlijke vrijheid der menschen, heeft men ook dit middel van dwang niet tot alle verbindtenissen, om iets te doen of niet te doen, willen uitstrekken, en van dáár de regel, dat in het algemeen die verbindtenissen worden opgelost

in vergoeding van kosten, schaden en interessen, in geval de schuldenaar niet aan zijne verpligting voldoet *a*).

§ **731.** *b*).

Vergoeding van kosten, schaden en interessen.

§ **732.** In gebreke enz. De kosten, schaden en interessen zijn eerst verschuldigd, als het zeker is, dat de schuldenaar zijne verpligting, hetzij uit opzettelijken onwil, hetzij door verzuim of nalatigheid, niet is nagekomen. Daarvan nu kan niet blijken, zoo lang hij niet op eenige wettige wijze in gebreke is gesteld of anderzins in gebreke is: zoo lang integendeel moet men vooronderstellen, dat hij, daartoe aangemaand, daaraan voldoen zou. Hoe hij in gebreke gesteld wordt, zie boven *ad* § 729. Het artikel is voor het overige algemeen, en dus van toepassing op alle verbindtenissen, zoo wel om te geven, als om te doen, doch alleen niet op die tot betaling eener bepaalde geldsom, waarvoor art. 1286 eene bijzondere voorziening inhoudt. Zie beneden *ad* § 736.

Of indien enz. Welke zijn deze verbindtenissen? Men gevoelt, dat dit meer eene *quaestio facti* dan eene *quaestio juris* is (*l.* 32 *D. de usuris*), en dat men dit derhalve alleen door voorbeelden kan ophelderen. Een voorbeeld van zulk eene verbindtenis bestaat in het boven, *ad* § 729, vermelde geval van

---

a) Of de eerbied voor de persoonlijke vrijheid die er toe geleid heeft, het regt van lijfsdwang niet ter verzekering van de nakoming van elke verbindtenis om iets te doen of niet te doen, toe te kennen, als eenigzins overdreven moet beschouwd worden, mag betwijfeld worden. De vraag of en binnen welke grenzen het regt van lijfsdwang toelaatbaar is, is in de laatste twintig jaren herhaaldelijk zeer uitvoerig behandeld. Terwijl sommigen het regt van bestaan van den lijfsdwang ten eenenmale ontkennen, meenen andere dat die inbreuk op de persoonlijke vrijheid alleen mag zijn een uiterst middel om de naleving van sommige privaatregtelijke verbindtenissen te verzekeren. Eene uitvoerige behandeling dezer gewigtige vraag zou hier misplaatst zijn. Hoogstbelangrijke beschouwingen zijn daaraan gewijd o. a. in de m. v. toel. op boek V, tit. VI, bl. 197 vlg., van het *Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering*, uitgegeven onder toezigt van Mr. A. A. de Pinto.

b) Bij eene verbindtenis om iets te doen of niet te doen, is dat doen of nalaten de hoofdverpligting van den schuldenaar. Door aanbieding van schadevergoeding kan hij zich daarvan niet ontslaan.

den huurder, die niet meer betalen kan (immers niet meer met dat gevolg, dat zijne mora door de betaling gezuiverd worde), nadat door zijne nalatigheid het huurcontract is verbroken. Een ander voorbeeld is dit: ik heb van u gekocht eene zekere hoeveelheid koopwaren, om die op de aanstaande kermis te verkoopen. Uwe verbindtenis is van dien aard, dat gij vóór den aanvang der kermis mij het gekochte leveren moet, omdat anders de winsten, die gij wist, dat ik mij bij onze overeenkomst voorstelde, voor mij zullen verloren gaan. Laat gij dus dat tijdstip verloopen, dan zijt gij *eo ipso* in gebreke. Ik heb alsdan de keus òf om u tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken, indien dit mogelijk is, òf om die te doen vernietigen. In ieder geval kan ik van u vergoeding van kosten, schaden en interessen vorderen. Artt. 1303, 1279. Zie andere voorbeelden bij Toullier, VI, 251. — De regel echter, hier vermeld, lijdt uitzondering voor de verbindtenissen die bestaan in iets niet te doen, bij welke hij, die daartegen handelt, uit hoofde van die overtreding alleen, gehouden is tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, art. 1278; want het omgekeerde heeft hier plaats van datgene, wat in de overige verbindtenissen het geval is. Zoodra de schuldenaar doet, wat hij zich verbonden heeft na te laten, valt er niet meer te denken aan eene vooronderstelling, dat hij zijne verpligting zal nakomen. Zijne daad alleen bewijst het tegendeel.

Tenzij enz. *Casum fortuitum nemo praestat. L.* 23 *D. de R. J.; l.* 6 *C. de pign. act.* — De eerste aangehaalde wet geeft eenige voorbeelden van *casus fortuitus.* In het algemeen verstaat men daardoor: *omne id, quod humano captu praevideri non potest, aut cui praeviso non potest resisti. L.* 1, § 4 *D. de O. et A.; l.* 2, § 7 *D. de adm. rer. ad civ.;* Brissonius, *de V. S., in voc.* Noch toeval noch overmagt wordt verondersteld. Die zich op één van beiden beroept moet dat bewijzen, volgens den bekenden regel: *reus excipiendo fit actor. L.* 1 *D. de exc.* Zie voorts artt. 1280, 1480, 1902 enz., en over dit geheele onderwerp Toullier, VI, 227—230; Delv., V, 232, 233.

§ **733.** *Quantum mihi abest, quantumque lucrari potui L.* 13 *D. rem rat. hab.* Hij, die de schade heeft toegebragt,

is verpligt hem, die haar geleden heeft, te herstellen in denzelfden toestand, als of er geene schade toegebragt was. Hij kan daarom niet volstaan met vergoeding van het geleden verlies, maar hij moet ook de winstdervingen vergoeden, *lucrum cessans, damnum emergens;* alles met inachtneming van de bepalingen van artt. 1283 en 1284. De wijze waarop de vergoeding van schaden en interessen begroot wordt, voor zoo verre dit niet bij de verbindtenis bepaald (art. 1285), of door de wet geregeld is (art. 1286), wordt voorgeschreven bij artt. 612—615 Wetb. van Burg. Regtsv.

§ **734.** De vergoeding is verschuldigd krachtens de stilzwijgende toestemming van den schuldenaar, die echter niet geacht kan worden te hebben toegestemd in datgene wat hij niet kende *a*). De regel is echter alleen van toepassing op verbindtenissen, die uit overeenkomst, en niet op die, welke uit kracht der wet geboren worden, VOORDUIN, 24. — Deze redenering gaat echter niet door, indien er arglist van zijne zijde heeft plaats gehad, omdat hij, door het plegen der arglist, der ongeoorloofde daad, zich aan al hare gevolgen, zelfs *nolens volens*, heeft onderworpen. Maar hij is ook dan niet gehouden tot vergoeding van die schaden, die geen onmiddellijk en dadelijk gevolg zijner arglist zijn. Want, ofschoon deze als eene meer verwijderde oorzaak daartoe kan hebben medegewerkt, hebben zij evenwel eene andere oorzaak, en het is dus voor het minst onzeker, of zij, zelfs zonder zijne arglist, niet zouden ontstaan zijn. Zie deze geheele leer over de toerekenbaarheid (*imputabiliteit*) der schaden en interessen, breeder ontwikkeld en door voorbeelden opgehelderd bij POTHIER, 160—168; TOULLIER, VI, 284—287; DELV., V, 233—236; MARCADÉ, *Expl. théor. et prat. du C. N.*, IV, nº. 516—518 *b*).

---

a) En tijdens het aangaan der overeenkomst ook niet kon kennen. Dit volgt uit de woorden: *of heeft kunnen voorzien*, in art. 1283 voorkomende. Bij een arrest van 10 Junij 1881, *W.* nº. 4649, besliste de hooge raad, dat de schuldenaar moet vergoeden elke schade voortvloeijende uit eene omstandigheid, niet bepaald gelegen buiten den gewonen loop der zaken.

b) Zie ook hieromtrent het hierboven vermelde arrest van den hoogen raad van 10 Junij 1881.

§ **735**. Het is een algemeene regel van regt, dat de overeenkomsten kracht van wet hebben tusschen de partijen (art. 1374), die het beste in staat zijn, om de mogelijke schade te begrooten. Zie voorts meer hierover beneden, *ad* § 769, over de verbindtenissen met strafbepaling.

§ **736**. Onverschillig of de schuldenaar *in dolo*, dan of hij slechts *in culpa* zij. De reden is, niet omdat de wettelijke interessen altijd de juiste maatstaf der geleden schade zijn; want dikwijls kan het gebeuren dat die schade veel grooter is; — maar omdat deze tot in het oneindige kan verschillen; omdat haar bedrag zoo moeijelijk te berekenen als te regtvaardigen is, en omdat dit althans de meest gewone schade is, daardoor te lijden. Aan eenen anderen kant staat daartegen voor den schuldeischer het voordeel over, dat hij die interessen kan vorderen, zonder eenige schade te bewijzen. De wet vooronderstelt, dat hij die zou genoten hebben, indien hij ten behoorlijken tijde zijn geld gehad had. Zij zijn daarom verschuldigd, zonder dat er eenig verlies behoeve bewezen te worden, art. 1286. — Zie voorts POTHIER, 170; LOCRÉ, VI, 155; TOULLIER, VI, 264, 265. Interessen zijn echter in den regel niet verschuldigd, zoo lang de schuldenaar niet in gebreke is te betalen: *usurae propter moram solventium infliguntur, non propter lucrum petentium. L.* 17, § 3 *D. de usur.* Maar opmerkelijk is bovendien, dat, om schadevergoeding in het algemeen te kunnen vorderen, naar art. 1279, iedere zelfs buitengeregtelijke aanmaning voldoende is, terwijl interessen eerst loopen van den dag, waarop zij in regten gevorderd zijn; en derhalve niet van den dag der sommatie tot betaling, maar eerst van dien der dagvaarding *a*).

Bij de wet bepaalde interessen *b*).

---

a) Dat het vooroordeel tegen interessen hier niet buiten invloed is geweest, vermoedt GOUDSMIT, *Pand.*, d. I, bl. 267, noot 2. Ook OPZOOMER, t. a. p., bl. 111, noot 3, acht dit niet onwaarschijnlijk.

b) De wet van 22 Dec. 1857, *Stbl* n°. 171, bepaalt deze in burgerlijke zaken op vijf, en in handelszaken op zes ten honderd in het jaar. Niets echter belet partijen om bij het aangaan der overeenkomst, een hooger of lager rentebedrag vast te stellen.

En zijn deze. Het moet vooraf altijd zeker zijn, dat de schuldenaar in verzuim is, en *nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. L.* 88 *D. de R. J.* Men merke op, dat hier de in-mora-stelling alleen door eene vordering in regten geschieden kan, en dus niet door een bevel of eene andere akte (art. 1274). Zie DELV., V, 238.

Dat zij *a*).

Uitgezonderd enz. Zie zulke uitzonderingen in artt. 1398, 1663, 1842 enz. *b*).

§ **737.** Deze interessen van interessen (*anatocismus*) werden in de Romeinsche en in onze oude regten niet dan in enkele gevallen en als bij uitzondering toegelaten, en in het oude Fransche regt ten strengste verboden. *Placuit si quis usurarum usuras stipulatus fuerit, quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi, et licitas peti posse. L.* 29, *D. de usur.* Zie NOODT, *de Usur.*, II, 9; VOET, *ad tit. D. de usur.*, 20; LOCRÉ, VI, 82—84, 156; TOULLIER, VI, 271, 272; DEMOLOMBE, XXII, 664—667. Maar zoowel de opstellers van den *C. N.* als onze wetgevers hebben geene voldoende redenen gevonden, om de interessen van interessen te verbieden in eene wet, die het leenen op interessen in het algemeen toestaat (artt. 1802—1806). De interessen van interessen kunnen echter in geen geval gevraagd worden, tenzij de aanvraag of de overeenkomst loope over interessen, ten minste voor een geheel jaar verschuldigd, omdat anders geldzuchtige schuldeischers het in hunne magt zouden hebben, om door eene oneindige ophooping van interessen, hunne inschuld merkelijk te vergrooten. Anders is het gelegen met vervallen pacht- en huurpenningen, en altijddurende of lijfrenten, of met teruggave van vruchten, en interessen, die door eenen derde aan den schuldeischer tot ontlasting van den schuldenaar betaald zijn, die allen interessen voortbrengen van den dag, dat de eisch gedaan of de overeenkomst gesloten is, art. 1288 *c*).

---

a) Het is daartoe dus niet voldoende dat de verschuldigde geldsom in regten gevorderd zij. Ook de betaling der interessen moet gevraagd zijn.

b) Bovendien vindt men zulke uitzonderingen in artt. 449, *i. f.*, 471, 1144, 1847.

c) In het wezen der zaak bevat dit laatste geen uitzondering op art. 1287. In

Voorwaardelijke verbindtenissen.

§ **738.** Over voorwaardelijke verbindtenissen, zie POTHIER, 198—226; TOULLIER, VI, 463—649; DELV., V, 122—142; DURANT., XII, 1—95; MARCADÉ, IV, 542—578; DEMOLOMBE, XXV, 276—365; DALLOZ, *Rép.*, in voce *obl.*, § 1099—1257; LAURENT, *Princ.*, XVII, bl. 46—188 1).

Toekomstige. Want wanneer men de verbindtenis doet afhangen van eene voorleden of van eene tegenwoordige gebeurtenis, dan bestaat er geene voorwaarde, maar òf eene zuivere òf in het geheel geene verbindtenis. B. v.: ik zal u *f* 100 geven, als gisteren mijn schip uit Afrika is gekomen, of als mijne dochter eenen zoon heeft. — Als het schip gekomen is, of als mijne dochter eenen zoon heeft, dan moet ik u dadelijk betalen. Zoo niet, dan behoef ik dit in het geheel niet te doen. *L.* 100 *D. de V. O.; l.* 37 *D. de reb. cred.* Zie ook art. 1299.

Onzekere. Wanneer eene gebeurtenis zeker is, maar alleen de tijd, wanneer zij zal plaats grijpen, onzeker, dan is er eene verbindtenis met tijdsbepaling, die alleen, wat de uitvoering betreft, opgeschort wordt (artt. 1304, 1305); en geene voorwaarde, van wier vervulling het zal afhangen, of er al of niet ooit eene verbindtenis bestaan heeft (art. 1299): *qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari. L.* 9, § 1 *D. de novat.* Bij voorb.: ik verkoop u mijn huis, te leveren als gij dood zijt. Nu is het wel onzeker, wanneer gij sterven zult, maar niet dat gij sterven zult.

---

laatstgemeld artikel is sprake van interessen van eene hoofdsom, in art. 1288 van eene hoofdsom zelve. Dit geldt ook van het tweede lid van laatstgemeld artikel. Hij die ter ontlasting van een schuldenaar, de door dezen aan zijn schuldeischer verschuldigde interessen heeft voldaan, vordert die interessen terug niet als de aan laatstgemelde verschuldigde renten, maar als eene hem verschuldigde hoofdsom. Te regt merkt daarom OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art. 1288, op, dat weglating van dit artikel in ons regt niets zou hebben gewijzigd.

1) Ik heb gemeend, naar aanleiding van het boven, bl. 507, 508, in de algemeene aanteekening op dit derde boek gezegde, mijnen lezers geene ondienst te zullen doen, door voor die onderwerpen, die bijna letterlijk uit het Fransche regt zijn overgenomen, telkens aan hun hoofd die plaatsen der voorname Fransche schrijvers aan te wijzen, waar men daarover gehandeld vindt.

Mijne verbindtenis is dus wel van eene tijdsbepaling, maar niet van eene voorwaarde afhankelijk.

§ **739.** 1°. Van eene toekomstige en onzekere gebeurtenis. In dat geval kan de verbindtenis niet worden ten uitvoer gebragt, dan nadat de gebeurtenis heeft plaats gehad, zoo luidt art. 1299; zoo luidt ook art. 1181 *C. N.*: *l'obligation ne peut être exécutée.* — Eigenlijk is deze redactie onjuist. De verbindtenis toch kan wel degelijk worden ten uitvoer gelegd, als de schuldenaar dit verkiest, doch zij behoeft dit niet. De schuldenaar kan er niet toe genoodzaakt worden, en hij kan zelfs terugvorderen hetgeen hij *pendente conditione* door dwaling betaald heeft, art. 1395. Hij heeft betaald wat hij nog niet schuldig was, en wat hij misschien nimmer schuldig zal worden. Om dezelfde reden blijft de zaak voor zijne rekening, art. 1300. Hij is intusschen verpligt voor haar behoud als een goed huisvader te zorgen, op straffe van vergoeding van kosten, schaden en interessen jegens den schuldeischer, die daarenboven de verbindtenis kan verbreken, indien de zaak door toedoen van den schuldenaar in waarde is verminderd, art. 1300.

Of van eene reeds gebeurde enz. Maar in dat geval bestaat er eigenlijk geene voorwaardelijke verbindtenis, gelijk wij zoo even, *ad* § 738, gezien hebben. Zie ook POTHIER, 202. In het tweede geval, voegt daarom art. 1299 er bij, is de verbindtenis van kracht van den dag af, dat dezelve is ontstaan.

2°. Door deze wordt dus de verbindtenis niet opgeschort; zij bestaat van den beginne af, en moet ook dadelijk worden ten uitvoer gebragt. Maar door het ontstaan der voorwaarde keeren de zaken terug tot den vorigen staat, even alsof de verbindtenis niet bestaan had. Hij, die iets uit krachte van zoodanige verbindtenis ontvangen heeft, is gehouden het terug te geven, zelfs dan, als hij het reeds vroeger vervreemd had. De derde verkrijger kan zich daarover niet beklagen. Immers hij wist, dat de vorige eigenaar hem niet meer regt op de zaak kon overdragen dan hij zelf had, *l.* 54 *D. de R. J.* De zaak moet worden teruggegeven in denzelfden staat, waarin zij zich vóór de verbindtenis bevond.

Dien ten gevolge vervallen alle daarop gelegde hypotheken en andere lasten *a*).

En die altijd enz. Ieder der partijen heeft zich uit den aard der zaak alleen verbonden in het vooruitzigt, dat ook hare wederpartij aan hare verpligting voldoen zou. Blijft deze daarin nalatig, dan bestaat er ook voor haar geene reden meer, om hare verbindtenis gestand te doen.

Met dat gevolg enz. De verbindtenis is dus niet van regtswege nietig, zelfs dan niet, wanneer de ontbindende voorwaarde, wegens het niet nakomen der verpligting, in de overeenkomst mogt zijn uitgedrukt, art. 1302. Onder het Fransche regt was dit laatste zeer te betwijfelen, omdat art. 1184 *C. N.* alleen sprak van de stilzwijgende ontbindende voorwaarde. De meeste schrijvers waren dan ook van gevoelen, dat de overeenkomst *ipso jure* werd ontbonden, in geval de voorwaarde in de overeenkomst uitgedrukt was. Zie b. v. TOULLIER, VI, 549—556; DELV., V, 145—147; MARCADÉ, IV, 568; DEMOLOMBE, XXXV, 475—481. Men kan zich dus in geen geval aan de nakoming eener wederkeerige overeenkomst onttrekken, op grond, dat zij van de andere zijde nog niet is ten uitvoer gelegd, zoo lang zij niet door den regter is ontbonden, al moeten ook de wederzijdsche prestatiën gelijktijdig plaats hebben. Wel is waar, in zoodanige overeenkomst bestaat de oorzaak der verbindtenis voor de éene partij in de prestatie van die van de andere (zie beneden *ad* § 784). Maar die oorzaak is in de overeenkomst zelve gelegen, en bestaat niet minder, al heeft ook die prestatie nog geene plaats gehad. Zoo lang de overeenkomst bestaat, bestaat de verbindtenis, en kunnen beide partijen de vervulling daarvan vorderen. Hij die tot de nakoming in regten geroepen wordt door iemand, die zelf nog niet aan zijne verbindtenis voldaan heeft, kan òf eisch in reconventie doen (waarover zie Wetb. van Burgerlijke Regtsv., artt. 250—253), ten einde deze daartoe te noodzaken, òf later, op zijne beurt, tot vervulling of ontbinding ageren. Zie echter *Regtsg. Bijdr.*

---

a) Zie meer hierover Mr. J. H. VAN GOOR, in *N. Bijdr.*, 1878, bl. 397 vlg.

XXII, 100, waar een tegenovergesteld gevoelen wordt voorgedragen, gelijk mede bij een arrest van den hoogen raad van den 30[sten] December 1842, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, IV, 172—190. De hooge raad is echter op die leer teruggekomen bij een later arrest van 22 October 1863, *eod.*, XXVIII, 24—38 *a*). De reden, waarom de ontbinding altijd door den regter moet uitgesproken worden, is, omdat het bestaan zelf der voorwaarde eene zaak is, die voor tegenspraak vatbaar kan zijn, en dus vooraf behoort te worden uitgemaakt *b*). De regter onderzoekt alleen dat feit, en vindt hij dat bewezen, dan spreekt hij de ontbinding uit. Het staat hem echter vrij, om, naar gelang der omstandigheden, aan den verweerder, op zijn verzoek, een termijn te gunnen, om alsnog aan zijne verpligting te voldoen, indien de ontbindende voorwaarde in de overeenkomst niet is uitgedrukt (art. 1302). Hij kan dit dus *a contrario* niet, als zij daarin wel is uitgedrukt, omdat in dat geval, even als in alle anderen, de regel van art. 1374 gelden moet, en omdat de regter de overeenkomst der partijen niet veranderen kan. In art. 1184 *C. N.* kwam die onderscheiding niet voor. Die termijn, eindelijk, mag niet langer zijn dan van ééne maand, art. 1302. Art. 1184 *C. N.* daarentegen bepaalde daarvoor geenen tijd.

De schuldeischer heeft eindelijk in geval van wanprestatie de keuze tusschen twee actiën, die tot vervulling der overeenkomst, of wel die tot ontbinding met schadevergoeding. In geen geval kan hij van beiden gelijk gebruik maken. Dit belet echter niet, dat men gelijktijdig vragen kan de prestatie van vroeger uit de overeenkomst ontstane verbindtenissen, en ontbinding met

---

a) Deze stelling is zeer betwist. Zie o a OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., bl 179—183, volgens wien èn uit de geschiedenis der wet èn uit het wezen der wederkeerige overeenkomsten volgt, dat alleen hij eene der beide in art. 1303 genoemde vorderingen kan instellen, die zijnerzijds aan zijne verpligting heeft voldaan, althans zich daartoe bereid heeft verklaard. Zie ook de aldaar aangehaalde Schrijvers.

b) Anders echter arrest van den hoogen raad van 2 Dec. 1881, *W.* n°. 4717, waarbij is beslist, dat het in art. 1302, 2[e] en 3[e] lid bepaalde, in het belang van partijen is vastgesteld en geen betrekking heeft tot de openbare orde, zoodat partijen aan die bepaling kunnen renuntieren. In gelijken zin OPZOOMER, *B W.*, t. a p., bl. 178, noot 1.

schadevergoeding wegens wanprestatie voor de toekomst. En, indien men, waar dit niet kan geschieden, te gelijk het één en het ander vraagt, is het gevolg hiervan niet, dat men in de geheele actie, maar alleen dat men in datgene niet-ontvankelijk is, wat men in de tweede plaats vordert. Zie arresten van den hoogen raad van 22 December 1854 en van 8 Maart 1867, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XIX, 373—378, en XXX, 164—177. De verhuurder b. v., die wegens niet-betaling tegen den huurder vordert de ontbinding der overeenkomst, kan te gelijker tijd betaling vragen van verschenen huur. Zie MARCADÉ, IV, 567 *a*).

Schadevergoeding kan gevraagd worden bij de actie tot ontbinding. Dat zij niettemin deze niet noodwendig behoeft te vergezellen, maar dat de schuldeischer, aan wien de wet eene tweeledige actie geeft, van zijn regt gedeeltelijk kan afstand doen, en dus evenzeer ontvankelijk is in eene enkele actie tot ontbinding, en evenzoo in eene actie tot vergoeding zonder ontbinding, dat alles spreekt van zelven. Dit laatste echter is anders begrepen bij een arrest van den hoogen raad van 9 Junij 1854, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XVIII, 414—435, en in *Regtsg. Adv.*, V, 113—118. Men beweert namelijk, dat eene actie wegens wanprestatie alleen tot schadevergoeding, zonder ontbinding, niet ontvankelijk is. Men geeft daarvoor twee gronden. De eerste bestaat hierin, dat het artikel geeft eene actie tot ontbinding MET schadevergoeding, waaruit volgen zou, dat het ééne onafscheidelijk is van het andere. Het kan waar zijn, dat men beter gedaan had om zich te bedienen van het woordje en, in plaats van met. Maar dit is niettemin zeker, dat de wet aan de partij geeft eene tweeledige actie, ontbinding name-

---

a) Te regt merkt de Schr. der *Handl.* hierboven op, dat men in geen geval ter zake van niet nakoming eener verbindtenis, kan vorderen èn de vervulling der overeenkomst èn hare ontbinding. Maar daaruit volgt dan ook m. i., dat de verhuurder niet gelijktijdig kan vorderen betaling van verschenen huur, dus nakoming der overeenkomst, en de ontbinding daarvan. Wanneer hij het laatste vordert, behoeft hij intusschen zijn regt op de verschenen huurpenningen niet prijs te geven. Bij de ontbinding kan hij vragen schadevergoeding, (art. 1303), en daaronder vallen de verschenen huurpenningen. Zie arrest van den hoogen raad van 8 Junij 1883, *W.* n°. 4922.

lijk en schadevergoeding; en dat zij niet zegt, en dat er ook geene denkbare reden voor zijn zou, dat zij niet van de ééne mag gebruik maken, en van de andere afstand doen, of zich met het mindere mag tevreden stellen, al kan zij het meerdere vorderen, terwijl bovendien de wanprestatie in ieder geval eene onregtmatige daad is, waarvoor ook art. 1401 eene actie geeft tot schadevergoeding *a*). Zie hierover meer beneden *ad* § 802. De tweede grond bestaat hierin, dat, zoo het contract bleef bestaan, de partij, die eerst vergoeding heeft gevraagd en bekomen, naderhand nog de vervulling zou kunnen vragen, en zich alzoo twee keeren laten betalen. Maar vooreerst is dat een grond van enkel convenientie, die niets bewijst voor de vraag: *quid juris?* Bovendien is het onjuist, omdat men vergeet, dat de partij slechts de keus heeft tusschen de beide actiën, en dat zij dus de ééne instellende de andere verliest, zoodat die tweede actie zou moeten vervallen voor de exceptie *non bis in idem.* Zie voorts *Weekbl.* n°. 1873. Deze geheele leer wordt nog op andere gronden bestreden in *Nieuwe Bijdr.*, XX, 214, 215. De hooge raad is daarop dan ook teruggekomen bij een later arrest van 25 November 1870, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXV, 174—190 *b*). Wordt er met de ontbinding schadevergoeding gevraagd, dan moet deze laatste altijd worden toegewezen, al blijkt nog niet bepaald van schade. De vraag, of er schade is, en hoe veel, is *posterioris curae*, zoo als de hooge raad op goede gronden oordeelde bij arrest van 25 Mei 1855, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XIX, 305—315.

Ook de actie tot prestatie kan vergezeld gaan van die tot schadevergoeding wegens vertraagde vervulling der verbindtenis. Er is geen enkele reden om de slotwoorden van het artikel met vergoeding enz., alleen te doen slaan op de vordering tot ontbinding, met een arrest van den hoogen raad van

---

a) Waarom ik aan dit laatste argument geen waarde kan toekennen, volgt uit mijne noot op § 802.

b) In gelijken zin besliste de hooge raad ook bij arrest van 25 Nov. 1880, *W.* n°. 3268, waar het betrof de uitlegging van art. 1267 van het *B. W.* voor Nederlandsch-Indië, dat geheel gelijk is aan ons art. 1303.

16 April 1869, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXIII, 411—424. Integendeel de comma, die de laatste woorden van het voorafgaande scheidt, toont duidelijk aan, dat zij zoowel op de ééne als op de andere actie van toepassing zijn. De *ratio decidendi* is in beide gevallen dezelfde, en er is geene denkbare reden, waarom men de werkelijk geleden schade niet zou kunnen vergoed krijgen, zonder de ontbinding te vragen van de geheele overeenkomst. Zie meer *Themis*, 1870, bl. 205—230, en OUDEMAN en DIEPHUIS, *Tijdschr. voor het Ned. regt*, III, 149—175.

Maar wat, als er meer contractanten, b. v. verhuurders, verkoopers, enz. zijn, jegens wie de overeenkomst niet is nagekomen. Heeft dan ieder hunner de keus, om hetzij de nakoming, hetzij de ontbinding met schadevergoeding te vragen, althans voor zoo veel hem betreft, indien de overigen daartoe niet willen medewerken? Men moet onderscheiden. De nakoming der verbindtenis kan door ieder afzonderlijk worden gevraagd, voor zoo veel hem betreft. Niet echter de ontbinding. De overeenkomst toch is, in zoo verre, ondeelbaar, dat de schuldenaar niet kan worden genoodzaakt die voor een gedeelte te laten bestaan, en voor een ander gedeelte te zien vervallen; en de ontbindende voorwaarde is een voorregt, waarvan de gezamenlijke contractanten, die ten opzigte van den schuldenaar slechts ééne partij zijn, zich alleen dan kunnen bedienen, wanneer zij het onderling daaromtrent eens zijn. Een middel echter om zijne consorten daartoe te noodzaken, heeft men niet. Men kan hen tot het ontbinden even weinig als tot het aangaan der overeenkomst noodzaken.

§ **740.** Zie ook TOULLIER, VI, 502—504. — De verdeeling der voorwaarden in *casuales*, *potestativae* en *mixtae*, van artt. 1169—1171 *C. N.*, is, als enkel leerstellig, bij ons weggelaten. — Zij is echter misschien niet geheel overtollig, omdat het, in het geval van art. 1292, wel degelijk van belang is te weten, welke voorwaarde *potestatief* is.

§ **741.** In de uiterste wilsbeschikkingen worden deze voorwaarden voor niet geschreven gehouden, art. 935. Zie de reden van dit onderscheid boven, *ad* § 541 en mijne noot aldaar, en

TOULLIER, V, 241—249, waar het met kracht wordt bestreden. Art. 935 spreekt ook nog van voorwaarden, die onverstaanbaar zijn; art. 1290 maakt daarvan geene melding. Wat zal nu regtens zijn, als eene overeenkomst onder eene onverstaanbare voorwaarde is aangegaan? — De voorwaarde is natuurlijk nietig. Daaraan kan niet getwijfeld worden. Wat onverstaanbaar is, kan niet worden nagekomen. Maar maakt zij ook de overeenkomst nietig, of moet zij slechts voor niet geschreven worden gehouden? — Het eerste schijnt waar te zijn, omdat hier dezelfde reden bestaat als voor de onmogelijke voorwaarden. De partijen hebben het zich-zelven te wijten, als zij zich van onverstaanbare uitdrukkingen bediend hebben. Haar wil alleen geeft de overeenkomst kracht van wet, en hier is het onmogelijk te weten, welke die geweest zij.

3°. *Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. L.* 108, § 1 *D. de V. O.*, er bestaat geen *vinculum juris*, dus geene verbindtenis. B. v. ik zal u *f* 100 geven, als ik wil. De voorwaarde is daarentegen van waarde, als zij afhangt van den wil van hem, jegens wien men zich verbonden heeft: ik zal u *f* 100 geven, als gij wilt. Doch ook ten aanzien van den verbondene lijdt de regel uitzondering, indien de voorwaarde eene daad betreft, die alleen van zijnen wil afhangt, art. 1292. B. v.: ik zal u mijn huis verkoopen, als ik naar Rome ga; hier bestaat eene deugdelijke verbindtenis, om òf niet naar Rome te gaan, òf mijn huis te verkoopen *a*). Hetzelfde leerden reeds TOULLIER, VI, 495; DELV., V, 126; MARCADÉ, VI, 551, ofschoon die onderscheiding niet vermeld

---

a) Hierin eene uitzondering te zien van de bepaling van het eerste gedeelte van art. 1292, gelijk ook de meening des wetgevers schijnt te zijn, blijkens het in de tweede zinsnede voorkomend woord echter, acht ik minder juist. Eene verbindtenis wier vervulling enkel van den wil des schuldenaars afhankelijk is gesteld, is nietig, omdat zoodra men hem tot nakoming aanspreekt, hij eenvoudig kan antwoorden dat hij niet wil. Maar dit is niet het geval bij de verbindtenis, die afhankelijk is gesteld van eene daad, waarvan de vervulling in zijne magt staat. Die daad te verrigten is van zijn wil afhankelijk, maar heeft hij eenmaal haar verrigt dan is hij verpligt tot vervulling der verbindtenis. Wij hebben hier dus niet met eene uitzondering, maar met een ander geval te doen. VOORDUIN, V, 29.

werd in art. 1174 *C. N.* — Eindelijk merke men op, dat wel de verbindtenis nietig is, welker vervulling afhangt van eene *potestatieve* voorwaarde aan de zijde des belovers; maar dat het *a contrario* geoorloofd is de ontbinding eener verbindtenis daarvan te doen afhangen. Zie TOULLIER, VI, 497; DELV., V, 125. Een voorbeeld hiervan kan men vinden in het beding van weder-inkoop, in artt. 1555—1558.

§ **742.** De bedoeling der partijen kan geene andere geweest zijn dan dat de verbindtenis dadelijk van kracht zoude zijn, die zij gewild hebben, dat alleen dan buiten werking zoude blijven, wanneer iets gebeurde, dat niet gebeuren kan. — Anders is het, als eene verbindtenis is aangegaan onder de voorwaarde van iets niet te doen, dat strijdig is met de wet of met de goede zeden. Deze voorwaarde is nietig en maakt de verbindtenis nietig, omdat het ongeoorloofd en onzedelijk is zich te laten betalen, of voordeelen te bedingen, om zich te onthouden van datgene, dat men buitendien reeds gehouden was na te laten: *si ob maleficium, ne fiat, promissum est, nulla est obligatio ex hac conventione. L.* 7, § 3 *D. de pactis.* Zie POTHIER, 204; TOULLIER, V, 242.

§ **743.** Even als de overeenkomst zelve. Art. 1379. Zie voorts *l.* 12 *D. de cond. et dem.;* POTHIER, 206; TOULLIER, VI, 587.

§ **745.** Een dadelijk en natuurlijk gevolg hiervan is, dat de schuldeischer, vóór hare vervulling stervende, zijne regten, of liever zijne hoop (*ex conditionali enim stipulatione tantum spes est debitum iri,* § 4 *I. de V. O.*) overdraagt op zijne erfgenamen, art. 1297, gelijkluidend met art. 1179 *C. N.* — Deze bijvoeging is echter misschien daarom overtollig, omdat dit reeds volgt uit het algemeen beginsel van art. 880, dat de erfgenaam van regtswege treedt o. a. in al de regtsvorderingen van den erflater, natuurlijk zoo als deze die bezeten heeft.

§ **746.** Hij heeft een onherroepelijk, ofschoon nog onzeker regt verkregen, en het is dus billijk, dat hem de bevoegdheid gegeven worde, om de noodige maatregelen tot bewaring daarvan te nemen. Zoo kan hij b. v. de hypotheek, die hij mogt hebben bedongen, doen inschrijven; zoo kan hij, indien de goederen van

den schuldenaar verkocht worden, batig voor zijne schuld gerangschikt worden, ofschoon hem zijne gelden eerst na de vervulling toegeteld worden, artt. 1259—1263, enz.

Verbindtenissen met tijdsbepaling.

§ **747**. Zie over de verbindtenissen met tijdsbepaling Pothier, 227—237; Toullier, VI, 650—685; Durant., XII, 96—131; Marcadé, IV, 571—578; Demolombe, XXV, 506—709; Dalloz, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 1258—1314; Laurent, *Princip.*, XVII, 188—228. De tijdsbepaling verschilt dus van de voorwaarde, hangende welke het onzeker is, of er al dan niet eene verbindtenis bestaat. Wat daarentegen onder eene tijdsbepaling (*à terme*) verschuldigd is, is dadelijk verschuldigd, maar kan nog niet gevorderd worden: *dies quidem cedit, sed non venit.* — *Quod enim ex die debetur, statum debetur, sed peti non potest. L.* 213 *de V. S.*, art. 1185 *C. N.* Zie meer hierover bij Pothier, 227—241.

§ **748**. *L.* 41, § 1 *de V. S.* — Van daar ook de oude Fransche regtsregel: *qui a terme, ne doit rien*, dat is, kan niet tot betaling worden genoodzaakt. Zie Toullier, VI, 622; Delv., V, 149; Demolombe, XXV, 508, 509.

Maar hetgeen vooraf enz. Een ander verschil tusschen tijdsbepaling en voorwaarde. Zie boven, *ad* § 739. Hier is geen *indebitum* betaald, en dit alleen kan, volgens art. 1395, teruggevorderd worden. Het is integendeel zeker, dat de schuldenaar schuldig is. Hij had slechts een uitstel om te betalen, van welk voorregt hij geacht wordt te hebben afgezien, indien hij vroeger betaalt. *In stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur*, tenzij het tegendeel bepaald zij. Art. 1306; *L.* 17 *de R. J.*

§ **749**. *Diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore. L.* 41 § 1 *D. de V. O.* Zie ook *l.* 70 *D. de solut.* Dit is de regel, omdat gewoonlijk de schuldenaar en niet de schuldeischer belang heeft bij een uitstel van betaling. Het tegendeel kan echter plaats hebben, niet alleen wanneer de overeenkomst dit uitdrukkelijk bepaalt, maar ook als uit de omstandigheden blijkt, dat de tijdsbepaling is ten voordeele van den schuldeischer, hetgeen somtijds het geval kan zijn bij hypothécaire en andere geldleeningen,

waartoe de uitleener kan zijn bewogen, omdat hij daarin eene voordeelige geldbelegging meende te vinden.

§ **750**. De tijdsbepaling moet door den schuldeischer slechts zoo lang geëerbiedigd worden, als zij werkelijk niets meer is dan eene opschorting der betaling. Zij kan hem niet langer worden tegengeworpen, wanneer de zekerheid van zijn regt, met of zonder toedoen van den schuldenaar, daardoor wordt in gevaar gebragt *a*).

2°. Bij deze bepaling heeft de wet minder op het oog de gevallen van pand of hypotheek, waarvoor elders gezorgd is, dan andere bepaalde zekerheid, door den schuldenaar voor de schuld gegeven. Bij voorb. indien bij de verbindtenis, zonder pand of hypotheek, daarvoor een bepaald onroerend goed in het bijzonder is verbonden. De schuldenaar verbindt zich daardoor stilzwijgend dat goed niet te bezwaren of te vervreemden, en de schuld wordt dadelijk opvorderbaar, indien daartegen wordt gehandeld. Zie *Regtsg. Adv.*, III, 106—108 *b*).

Alternatieve verbindtenissen.

§ **751**. Er bestaat alternatieve verbindtenis, wanneer de twee of meer onderwerpen in de overeenkomst door een *disjunctief* voegwoord aan elkander verbonden zijn: b.v. ik zal u *f* 100 of eenen spiegel geven; ik verbind mij om naar Parijs of naar Rome te gaan. In beide gevallen kan de schuldenaar met het geven van ééne der twee zaken, of met het ten uitvoer brengen van ééne der twee reizen volstaan: ***ubi verba conjuncta non sunt, sufficit alterutrum esse factum.*** *L.* 110, § 3 *de R. J.* — Maar is daarentegen het voegwoord *conjunctief*, b.v. ik zal u

---

a) Art. 1307 vordert dat de gestelde zekerheid is verminderd door toedoen van den schuldenaar. Indien de vermindering zonder zijn toedoen is ontstaan, wanneer b.v. het met hypotheek bezwaarde goed door brand vernield of in waarde verminderd is, is de bepaling niet van toepassing.

b) Bij arrest van 25 April 1879, *W.* n°. 4377, besliste de hooge raad, dat onder „gestelde zekerheid" in art. 1307, wel behalve pand, borgtogt of hypotheek, ook te begrijpen is andere zekerheid, maar dat dit alleen geldt ten opzigte van zoodanige zekerheid, waardoor de schuldeischer een zelfstandig middel verkrijgt om eventuële schade te kunnen voorkomen. Of het beding door Schr. der *Handl.* als voorbeeld gesteld, hieraan voldoet, betwijfel ik.

f 100 en eenen spiegel geven, dan moet de schuldenaar het ééne en het andere geven. Zie voorts over de *alternatieve* verbindtenissen POTHIER, 245—257; TOULLIER, VI, 686—701; DURANT., XII, 132—157; MARCADÉ, IV, 579—591; DEMOLOMBE, XXVI, 1—98; DALLOZ, *Rép.* in voce *Obl.*, 1315—1334; LAURENT, *Princip.*, XVII, 229—258.

Daden. Art. 1313 maakt al de bepalingen dezer afdeeling toepasselijk op de verbindtenissen, om iets te doen of niet te doen, en vult daarmede aan de gaping van art. 1196 *C. N.*

Maar hij kan enz. Omdat hij zich verbonden heeft om ééne der beide zaken in haar geheel te geven, en omdat de schuldeischer niet kan genoodzaakt worden eene andere dan de hem verschuldigde zaak in betaling te nemen, art. 1425.

§ **752.** Omdat in dubio de overeenkomsten worden uitgelegd ten voordeele van den schuldenaar, art. 1385.

§ **753.** In het eerste geval is de verbindtenis *ab initio* zuiver, in het tweede en derde wordt zij dit *ex post facto.* Juister zeide voor het tweede geval art. 1193 *C. N.: l'obligation alternative devient* enz.

3°. Zoodra ééne der alternatief verschuldigde zaken verloren gaat, houdt de verbindtenis op alternatief te zijn, en is alleen de overblijvende zuiver en eenvoudig verschuldigd. Niettemin schijnt deze bepaling niet van toepassing te zijn, als de zaak, die het laatste verloren is gegaan, de meeste waarde had, en wanneer dit verlies door toeval of overmagt heeft plaats gehad. De schuldenaar toch is alleen aansprakelijk voor de schade door zijne schuld toegebragt, en die schade kan wel bestaan in de waarde der zaak, die hij door zijne schuld heeft laten verloren gaan, maar niet in die van de zaak, die door toeval verloren is *a*). Zie DURANT.,

a) De meening van den Schr. der *Handl.*, dat wanneer het eerst de zaak die de minste waarde had, door de schuld van den schuldenaar, en daarna de andere buiten zijn toedoen is verloren gegaan, de schuldenaar alsdan kan volstaan met de vergoeding der waarde van eerstbedoelde zaak, acht ik in strijd met de wet en niet gevorderd door de billijkheid. Art. 1311 bepaalt in het algemeen dat, wanneer aan den schuldenaar het te niet gaan van een der beide vergane zaken is te wijten, de waarde van diegene welke het laatste is te niet gegaan, moet vergoed worden, zonder te onderscheiden tusschen de gevallen dat de eerst-

XII, 144. Indien beide verschuldigde zaken buiten toedoen van den schuldenaar vergaan, vervalt de verbindtenis, art. 1380.

§ **754.** Ook hier ligt hetzelfde beginsel tot grondslag. Wanneer ééne der beide zaken buiten toedoen van den schuldenaar verloren gaat, verliest de schuldeischer zijn regt van keuze, dat hem daarentegen niet willekeurig kan worden ontnomen door den schuldenaar, die ééne der beide zaken zou vernietigen of doen verloren gaan.

Solidaire of hoofdelijke verbindtenissen.

§ **755.** Over de solidaire of hoofdelijke verbindtenissen, zie Pothier, 258—282; Toullier, VI, 702—748; Delv., V, 167—191; Durant., XII, 158—246; Marcadé, VI, 592—626; Demolombe, XXVI, 99—500; Dalloz, *Rép.* in voce *Obl.*, § 1335—1499, Laurent, *Princip.*, XVII, 258—279.

1°. Kwijtschelding, door één der hoofdelijke schuldeischers gedaan, bevrijdt den schuldenaar niet verder dan voor het aandeel van dien schuldeischer, art. 1315, omdat niemand over de regten van een ander kan beschikken. Ten aanzien der overige schuldeischers derhalve blijft de verbindtenis in haar geheel. Bij voorb.: A is aan B, C en D schuldig *f* 900, aan ieder hoofdelijk en voor het geheel. Hij kan aan één hunner de geheele schuld betalen, en wordt daardoor ook jegens de overigen bevrijd. Maar als B aan A zijne schuld kwijtscheldt, dan blijft deze niettemin de hoofdelijke schuldenaar van C en D voor *f* 600. Zoo ook in het Fransche regt, art. 1198 *C. N.* Anders was het in het Romeinsche regt: *acceptilatione unius, tota solvitur obligatio. L.* 2 *D. de duob. reis const.*

2°. Behoudens enz. Dit verhaal heeft echter geene plaats, indien de schuld slechts één der hoofdelijke schuldenaren betreft,

---

vergane dan wel de andere de meeste waarde had. Wat de billijkheid betreft, valt op te merken, dat de schuldenaar door wiens toedoen de eerste zaak is te niet gegaan, het aan zijne schuld heeft te wijten, dat alleen de andere zaak verschuldigd wordt, en dat de daartoe betrekkelijke verbindtenis blijft bestaan, wat er ook met die zaak gebeure. Gaat deze dus, zij het ook buiten zijne schuld, te niet, dan is hetgeen voor haar in de plaats treedt, d. i. hare waarde, verschuldigd.

omdat in dat geval de overigen als zijne borgen beschouwd worden, art. 1331. Daaruit volgt: 1°. dat, als de schuldenaar, wien de zaak betreft, betaald heeft, hij geen verhaal hoegenaamd kan uitoefenen; 2°. dat, indien één der anderen betaald heeft, hij door hem voor het geheel moet worden schadeloos gesteld. In de overige gevallen treedt de schuldenaar, die betaald heeft, van regtswege in alle regten en regtsvorderingen van den schuldeischer, art. 1438 *a*). Zie voorts POTHIER, 281, 282; TOULLIER, VI, 734, 735.

Zijn aandeel enz. Omdat de verbindtenis, ofschoon hoofdelijk zijnde ten aanzien van den schuldeischer, nogtans van regtswege deelbaar is tusschen de schuldenaren, art. 1328. Indien één van hen onvermogend is om te betalen, wordt dit verlies ponds-ponds verdeeld tusschen de overige schuldenaren, die betalen kunnen en hem die de schuld voldaan heeft, art. 1329. Bij voorb.: A, B, C en D zijn hoofdelijk verbonden voor eene schuld van *f* 1200. A. wordt voor de geheele schuld aangesproken, en betaalt die: hij vordert van B, C en D *f* 900, dat is *f* 300 van ieder terug. Is B. onvermogend, dan dragen de drie overigen de geheele schuld, dus ieder *f* 400, welke som A zoowel van C als van D terugvordert.

§ **756.** Wanneer twee of meer personen zich verbinden tot de betaling eener zekere som, dan vervult ieder zijne verpligting door de betaling van zijn aandeel; de hoofdelijkheid is eene nieuwe verbindtenis, die juist dáárom niet verondersteld mag worden. LOCRÉ, VI, 162. Het is dus niet genoeg, dat A en B zich te zamen tot de betaling derzelfde schuld verbonden hebben, indien er niet uitdrukkelijk bedongen is, dat zij daarvoor hoofdelijk zullen verbonden zijn. Het is echter evenmin noodig, dat men zich juist van het woord hoofdelijk bediend hebbe. Iedere andere uitdrukking, waaruit ondubbelzinnig de bedoeling der partijen, om eene

---

a) Dit acht ik onjuist. Teregt merkt OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art. 1329 op: „Dat art. (art. 1438) spreekt van wettelijke subrogatie, en zou op den hoofdelijken schuldenaar alleen dan van toepassing zijn, wanneer ons artikel niet bestond, waarin lijnrecht het tegendeel is vastgesteld." De schuldenaar die betaald heeft, kan van zijne medeschuldenaren niet, gelijk de schuldeischer, de geheele schuld opvorderen, maar van ieder slechts diens persoonlijk aandeel.

hoofdelijke verbindtenis te sluiten, kan worden afgeleid, is genoegzaam, omdat men in de overeenkomsten onderzoeken moet, welke de bedoeling der partijen geweest is, zonder alleen aan den letterlijken zin der woorden te hechten, art. 1379. Zie voorts TOULLIER, VI, 720, 721.

Kan de hoofdelijke verpligting ook bij uitersten wil worden opgelegd? Ongetwijfeld ja. De erflater behoefde aan den benoemden erfgenaam of legataris niets te laten. Hij kan dus zijne beschikking aan zoodanige lasten onderwerpen, als hij goedvindt. En de hoofdelijkheid is eene voorwaarde, die strijdig is noch met de wet, noch met de goede zeden (art. 935) *L.* 8, § 1 *D. de legat.* 1°.

Uit kracht der wet. Zie voorbeelden hiervan in art. 406, 1063 enz. — Zie ook boven, *ad* § 239.

§ **757.** Al zijn ook de overige schuldenaren niet gedagvaard noch in mora gesteld, want ieder is schuldenaar voor de geheele schuld, en het voordeel der hoofdelijke schuldvordering is juist daarin gelegen, dat de schuldeischer dengenen der schuldenaren kan aanspreken, dien hij wil, zonder de overigen in het geding te brengen; en dat de vervolgingen tegen één hunner gerigt tegen allen werken, behoudens het regt van den schuldeischer, om ook tegen de overigen zijn regt te doen gelden, artt. 1320, 2020.

§ **758.** Omdat door die exceptiën de schuld hetzij geheel hetzij te zijnen aanzien vervalt. Daaruit volgt echter van zelf, dat hij zich niet kan bedienen van de exceptie, die alleen betreft één of sommigen zijner medeschuldenaren, zoo als b. v. die van minderjarigheid.

§ **759.** Ten aanzien der overige schuldenaren blijft de verbindtenis bestaan, alsof er geene schuldvermenging had plaats gehad. Zij blijft dus ook hare hoofdelijkheid behouden, onder aftrek nogtans van dat gedeelte der schuld, dat door vermenging, volgens art. 1472, is te niet gegaan, POTHIER, 276. A, B en C zijn jegens D hoofdelijk verbonden voor eene som van *f* 600. A sterft en D wordt zijn eenige erfgenaam. B en C blijven hoofdelijk verbonden voor de geheele schuld, onder aftrek van het aandeel, dat A daarin zou gedragen hebben, namelijk van *f* 200; blijft dus *f* 400.

§ **762**. De reden, waarom in dit geval de schuldenaar, die vroeger was ontslagen, niettemin zijn aandeel moet dragen in dat van den onvermogende, is deze: de schuldeischer heeft, niettegenstaande dit ontslag, zijn volle regt behouden op het aandeel van alle de andere schuldenaren, ook van hen, die later onvermogend worden; hij kan dit dus in zijn geheel vorderen van ieder dier hoofdelijk verbondenen. De schuldenaar nu, die door hem is ontslagen, is daardoor wel *vis à vis hem* ontslagen, maar de toestand der overige mede-schuldenaren, en o. a. ook van hem, die betaald heeft, en voor wien dit ontslag eene *res inter alios* is, kan daardoor niet verslimmeren. Verg. SCHÜLLER, a. h. a.

Deelbare en ondeelbare verbindtenissen.

§ **763**. Over deelbare en ondeelbare verbindtenissen, zie POTHIER, 288—337; TOULLIER, VI, 749—798; DELVINC., V, 191—206; DURANT., XII, 247—316; MARCADÉ, IV, 627—648; DEMOLOMBE, XXVI, 501—633; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 1500—1584; LAURENT, *Princip.* XVII, 367—422. Dit onderwerp, zoo als het in het Fransche wetboek voorkomt, is in vele opzigten zeer duister en moeijelijk te verstaan. De Fransche schrijvers hebben dit algemeen erkend. TOULLIER, VI, 182, gaat zelfs zoo ver, dat hij er rond voor uitkomt, het niet te begrijpen. De bepalingen van artt. 1217—1225 *C. N.* zijn in ons wetboek letterlijk overgenomen, terwijl MARCADÉ, 627, vermeent, dat het geheele onderwerp, door DUMOULIN genoemd *labyrinthus dividui et individui*, door de verkeerde uitlegging der schrijvers over den *Code*, nog veel duisterder is geworden, dan het ooit te voren geweest is. — Eene zaak is vatbaar voor ligchamelijke verdeeling, indien men haar werkelijk in verschillende deelen kan splitsen, b. v. eene geldsom. Voor onligchamelijke verdeeling zijn die zaken vatbaar, die op zich-zelve wel niet verdeeld kunnen worden, maar waarvan het genot of het bezit toch voor verdeeling tusschen meerderen vatbaar is, b. v. een huis, een paard. Men kan beiden voor de helft, voor een derde bezitten. Als voorbeeld van eene zaak, die noch voor ligchamelijke noch voor onligchamelijke verdeeling vatbaar is, geven de schrijvers sommige erfdienstbaarheden, b. v.

die, om over eens anders erf te gaan, enz. En dat noemen zij dan *individuum contractu*, omdat men die bij overeenkomst niet voor een gedeelte kan bedingen *a*). Zie voorts TOULLIER. VI, 782—796; *L.* 72 *Pr. D. de V. O.*

§ **764.** 2°. Dit noemt men *individuum obligatione*, omdat de zaak, ofschoon inderdaad voor verdeeling vatbaar, alleen uit hoofde van de verbindtenis, waarvan zij het onderwerp uitmaakt, ondeelbaar wordt. Bij voorb. als men met meer bouwmeesters eene overeenkomst treft, om een huis te bouwen. Wel is waar, men kan het bouwen van een huis ook bij gedeelten aanbesteden, zoodanig dat de ééne de eerste, de andere de tweede verdieping enz. zal bouwen. Men kan ook aan eenen timmerman het timmerwerk, aan eenen metselaar het metselwerk enz. opdragen. Maar als men eenvoudig het bouwen van een huis bedingt, dan heeft men daarbij bedoeld een geheel huis, en niet eenige afzonderlijke deelen. Zie DELV., V, 194, 195.

§ **765.** De ondeelbaarheid ligt in den aard der verbindtenis, en gaat daarom over op de erfgenamen zoowel van den schuldeischer als van den schuldenaar. De hoofdelijkheid daarentegen is slechts afhankelijk van den wil of van de daden der partijen, en belet daarom de verdeeling tusschen de erfgenamen niet. Bij voorb.: A en B hebben zich hoofdelijk verbonden tot betaling van *f* 500; als nu A sterft, zijn wel zijne erfgenamen aansprakelijk voor de geheele *f* 500, doch kan slechts van ieder hunner zijn aandeel in die schuld gevorderd worden. Tusschen den oorspronkelijken schuldenaar en schuldeischer echter maakt het geen verschil, of de schuld hoofdelijk of ondeelbaar zij. In het ééne geval zoowel als in het andere kan ieder schuldeischer het geheel vorderen, en is ieder schuldenaar voor het geheel gehouden.

§ **766.** Omdat eensdeels de schuldeischer niet kan worden verpligt om eene gedeeltelijke betaling aan te nemen, art. 1426; en anderdeels de erfgenamen slechts naar mate van de hoegrootheid van hun erfdeel gehouden zijn tot de betaling der schulden,

---

a) Teregt merkt OPZOOMER, t. a. p., bl. 261 op, dat men beter deed om hier te spreken van *individuum* NATURA, omdat de aard der zaak, afgescheiden van de overeenkomst waarvan zij het voorwerp is, haar niet voor verdeeling vatbaar maakt.

art. 1147, tenzij de schuld van den erflater voor geene verdeeling vatbaar zij: *ea, quae in pactis dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur. L.* 192 *Pr., D. de R. J.*

Die de schuld niet kunnen vorderen *a*).

§ **767.** Deze vorderingen zijn *solutione individua.*

1°. Zie art. 1209, en boven, *ad* § 694. Zie ook TOULLIER, VI, 762—764.

3°. Bijvoorb. als iemand beloofd heeft eene erfdienstbaarheid of eene som van *f* 1000, ter keuze van den schuldeischer, dan kunnen zijne erfgenamen niet, onder het voorwendsel van de deelbaarheid der schuld, de *f* 1000 geven, als de schuldeischer de erfdienstbaarheid verkiest. Anders is het, als de keuze aan den schuldenaar was verbleven, en derhalve op zijne erfgenamen is overgegaan.

Verbindtenissen onder beding van straf of poenaliteit.

§ **769.** Over deze verbindtenissen, zie POTHIER, 338—365; TOULLIER, VI, 799—845; DELV., V, 206—213; DURANT., XII, 317—380; MARCADÉ, IV, 649—659; DEMOLOMBE, XXVI, 634—717; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 1585—1613; LAURENT, *Princip.*, XVII, 422—462.

De verbindtenis met een beding van straf komt dus daarin overeen met de alternatieve verbindtenis, dat beiden twee verschillende zaken tot onderwerp hebben. Zij verschillen echter in vele andere opzigten, en voornamelijk daarin, dat in het geval eener alternatieve verbindtenis er van den beginne af slechts éene verbindtenis bestaat; terwijl, in geval van beding van straf, er twee verbindtenissen zijn, de éene *principaal* en zeker, de andere *accessoir* en onzeker (eventueel) *b*). — De verbind-

a) Dat ieder erfgenaam afzonderlijk de schuld slechts kan vorderen voor het aandeel waarvoor hij erfgenaam is, sluit niet uit, dat de erfgenamen gezamenlijk het geheele bedrag der schuld kunnen vorderen, zonder vermelding van ieders aandeel. Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 29 Dec. 1876, *W.* n°. 4071.

b) Dit acht ik niet juist. Tot het wezen eener alternatieve verbindtenis behoort, dat van den beginne af van meerdere zaken één verschuldigd is; bij de verbindtenis onder straf daarentegen is slechts één zaak verschuldigd, en deze alleen kan de schuldeischer vorderen. Eerst dan wanneer de schuldenaar in gebreke is, kan de schuldeischer de bedongen straf vorderen. De verbindtenis onder beding van straf komt dan ook

tenis, om aan het beding van straf te voldoen, is altijd voorwaardelijk. Maar zij verschilt daarin van eene gewone voorwaardelijke verbindtenis, dat deze laatste altijd onzeker is, en afhankelijk van de vervulling der voorwaarde, terwijl hier daarentegen boven en behalve de voorwaardelijke, er altijd eene hoofdverbindtenis is, die van den beginne af zeker bestaat.

§ **770.** *Cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent. L.* 129, 178, § 2 *de R. J.*

§ **771.** Een ander verschil met de alternatieve verbindtenis, in welke de keus, in den regel, behoort aan den schuldenaar, art. 1309. De schuldeischer behoudt het vermogen, om de nakoming te eischen van de hoofdverbindtenis, omdat het beding van straf niet gemaakt is om deze te doen vervallen, maar veeleer om hare vervulling te verzekeren *a*).

§ **772.** Het beding van straf kan echter somtijds nog een ander doel hebben dan de *compensatie* der schaden en interessen, en strekt alsdan om aan eene verbindtenis, die anders geen gevolg in regten zou hebben, verbindende kracht te geven. Alle verbindtenissen om iets te doen, worden opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, art. 1275; en deze vergoeding bestaat in het verlies, dat men heeft geleden, en in de winsten, die men heeft gederfd, art. 1282. Men moet dus, om deze te kunnen vorderen, een geldelijk belang bij de zaak hebben; want een zedelijk belang is voor geene geldelijke waardering vatbaar. Zie b.v. artt. 1406, 1407 (artt. 1408—1416 behelzen slechts eene uitzondering op dien regel). En toch is het niet ongeoorloofd eene verbindtenis aan te gaan over eene daad, waarbij men slechts een zedelijk belang heeft. Maar wil men daarvan de uitvoering in regten kunnen vervolgen, dan is het, in het algemeen, noodzakelijk, dat men bewijze bij de zaak belang te hebben, wat veelal moeijelijk en dikwijls onmogelijk is. Om nu daarin te voorzien, en om aan

---

veel meer overeen met de zuivere of eenvoudige verbindtenis. Alleen in haar accessoir karakter verschillen zij. Terwijl bij de eerste, de bedongen straf bij niet-nakoming, altijd kan gevorderd worden, is bij de tweede schadevergoeding alleen verschuldigd, wanneer en voor zooverre door de niet-nakoming, schade geleden is.

a) Zie mijne noot boven ad § 769.

zulke overeenkomsten kracht van burgerlijke verbindtenis (*vinculum juris*) te geven, neemt men gewoonlijk zijne toevlugt tot een beding van straf, voor het geval van niet-uitvoering. Bij voorb.: »ik verbind mij om binnen ééne maand naar Parijs te gaan, en bij gebreke hiervan aan u *f* 100 te betalen." Deze overeenkomst zou op zich-zelve van alle verbindende kracht ontbloot zijn, indien niet de schuldeischer, wat veelal niet het geval zijn zal, kan bewijzen door de wanprestatie geldelijk nadeel te lijden. Maar het bijgevoegde beding van straf geeft haar het *vinculum juris*, omdat ik mij nu verbonden heb om u *f* 100 te geven, als ik niet naar Parijs ga. Als deze voorwaarde vervuld wordt, ben ik gehouden te betalen. Belangrijk is hierover de uitspraak van ULPIANUS, in *l.* 38, § 17 *D. de V. O.*: *poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio, etiam ei, cujus nihil interest; poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quod interest, sed quae sit quantitas quaeque conditio stipulationis.* — Zie voorts TOULLIER, VI, 814.

Hij kan niet. Zie *l.* 41, 42 *D. pro soc.*

Ten ware enz. Zie *l.* 16 *D. de transact.* — Het is echter niet noodig, dat dit uitdrukkelijk in de overeenkomst bedongen zij. Genoeg is het, indien blijkt, dat zoodanig de bedoeling der partijen geweest zij, art. 1379. De regter beslist dit in ieder bijzonder geval, want dit is meer eene *quaestio facti* dan *juris*.

TITEL II.

VAN VERBINDTENISSEN, DIE UIT CONTRACT OF OVEREENKOMST GEBOREN WORDEN.

(Artt. 1349—1387. EERSTE GEDEELTE, § 773—790, bl. 198—202.)

Geschriften: ASSER, 477—484; VOORDUIN, V, 51—70; DIEPHUIS, VI, 158—230; LOKE, 89—103; OPZOOMER, III, 1—47; DIEPHUIS, *N. B. R.*, II, 45—103; OPZOOMER, *B. W.*, VI, 1—180.

Algemeene bepalingen.

§ **773**. *Duorum pluriumve in unum placitum consensus. L.* 1, § 2 *D. de pactis.* Sommige Fransche schrijvers, b. v. TOULLIER, VI, 7, 9, 10, maakten onderscheid tusschen conventie of overeenkomst en contract, als tusschen *genus* en *species.* Conventie was algemeen; contract alleen die conventie, die eene burgerlijke verbindtenis, *obligatio perfecta*, medebragt. Bij ons is contract en overeenkomst volkomen hetzelfde, en om dit aan te duiden alleen is in het opschrift van dezen titel het woord contract behouden. — Art. 1374 van het wetboek van 1830 luidde: een contract is eene overeenkomst, enz., op het voorbeeld van art. 1101 *C. N.: le contract est une convention* enz. Bij de laatste herziening is de redactie van dit artikel veranderd, zoo als het nu gelezen wordt. En te regt. Want zoowel in het wetboek van 1830 als in den *Code* beteekende: een contract is eene overeenkomst, niet veel meer dan: een contract is een contract. De laatste woorden van art. 1101 *C. N.: à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*, zijn uit onze tegenwoordige bepaling van art. 1349 dáárom weggelaten, omdat zij bij ons overtollig zouden zijn. Art. 1349 toch toont voldoende aan, dat eene overeenkomst eene verbindtenis voortbrengt. En nu leert reeds art. 1270, dat eene verbindtenis strekt om iets te geven, te doen

of niet te doen. — Het is een gevolg van deze definitie, dat de overeenkomst bestaat, zoodra de wederzijdsche toestemming daar is, onverschillig of die toestemming mondeling gegeven zij of schriftelijk, behoudens natuurlijk de voorschriften der wet over het bewijs, die echter den aard zelven der overeenkomst niet veranderen. Overeenkomst derhalve kan in het algemeen worden aangegaan zoowel bij monde als bij geschrift, zoowel bij eigenlijk gezegde akte, als bij brief. Wanneer echter de overeenkomst bij briefwisseling, vooral bij kooplieden zeer gebruikelijk, is gesloten, is het niet altijd even gemakkelijk, het juiste oogenblik te bepalen, waarop zij voldongen is. Men moet nogtans daarbij vooral de definitie van contract wel in het oog houden. De overeenkomst zal dan haar beslag hebben, zoodra de partijen het eens zijn, zoodra beiden in de zaak hebben toegestemd, zoodra er is *duorum in unum placitum consensus.* In den regel kan men aannemen, dat dit het geval is, zoodra hij, aan wien het voorstel der overeenkomst, hetzij bij monde, hetzij bij brief gedaan is, daarop geantwoord heeft, dat hij het voorstel aanneemt, en dit antwoord aan de wederpartij heeft opgezonden, al is het door deze nog niet ontvangen. De tegenwoordigheid toch der beide partijen, op het oogenblik dat zij gesloten wordt, is, ook in andere gevallen, voor hare bestaanbaarheid geen volstrekt noodzakelijk vereischte. Men vindt dit meer in het breede betoogd in eene zeer merkwaardige verhandeling in de *Rev.* van FOELIX, 1844, pag. 268—275. Van hetzelfde gevoelen is POTHIER, *Tr. du contr. de vente*, n°. 32. Zie ook TOULLIER, III, 29 *a*).

---

a) Omtrent het tijdstip waarop eene overeenkomst bij geschrifte moet geacht worden te zijn tot stand gekomen, bestaat groot verschil van gevoelen. Vier verschillende stelsels worden daaromtrent verkondigd. Terwijl sommigen beweren dat zulks het geval is, zoodra hij wien het voorstel der overeenkomst is gedaan, geantwoord heeft, dat hij het voorstel aanneemt, meenen anderen met den Schr. der *Handl.*, dat bovendien wordt vereischt de opzending van dat antwoord aan de wederpartij. Verder nog gaan zij die beweren, en dit stelsel wordt verdedigd door OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 16 en 17, dat eerst dan de overeenkomst tot stand komt, als het antwoord in handen van den aanbieder is gekomen. Volgens het vierde stelsel eindelijk, en dit wordt gehuldigd door GOUDSMIT, *Pand.*, II, 88 en 89, noot 3, wordt bovendien vereischt, dat hij die het voorstel deed, van de aanneming daarvan kennis draagt.

Wij hebben boven (Eerste Ged., bl. 188) reeds gezien, dat alle overeenkomsten, zij mogen eene eigen benaming hebben, of onder geene bijzondere benaming bekend zijn, moeten worden nageleefd, en onderworpen zijn aan de algemeene regelen, die het onderwerp van dezen en van den vorigen titel uitmaken, art. 1355. Bij ons geldt dus niet de Romeinsche regtsregel: *pactum nudum neque obligationem neque actionem parit.* Het is bekend, wat de Romeinsche regtsgeleerden onder een *pactum nudum* verstonden, namelijk: *id, quod in nudis placiti et conventionis finibus subsistit et nudum est a nomine et forma. L.* 7, § 1, 2, 4, *D. de pactis; l.* 27 *C. de locat.* Zie voorts Voet, *ad tit. D. de pactis*, 2, 3, 4; Toullier, VI, 13, 16; en vooral *Regtsg. Bijdr.*, XI, 492—505. Het is waar, men heeft wel eens de waarheid der afschaffing van dezen regel in de nieuwere wetgeving (bepaaldelijk in de Fransche, en dus ook in de onze) in twijfel getrokken. Met name strekt eene verhandeling, voorkomende in de *Regtsg. Bijdr.*, XI, 489—529, en XII, 29—108, ten betooge, dat 1°. die regel meer in naam dan in de daad is afgeschaft; 2°. deze leer uit het Romeinsche regt uit den aard zelven der zaken ontleend is, en men dus noch aan de wetenschappelijke beoefening des regts, noch aan zijne dagelijksche toepassing groote dienst heeft bewezen, door dien regel, als onnoodig en versleten, uit onze wet- en leerboeken te doen verdwijnen; ja, dat integendeel de handhaving der Romeinsche beginselen en begrippen, omtrent dat zoo belangrijk onderwerp, tot eene goede regtsbedeeling ook nu nog onontbeerlijk is 1). Wat dit tweede punt betreft, het is hier de plaats niet, om ons te verdiepen in een bloot théoretisch vraagstuk van zoo veel omvang als dit. Maar wat het eerste aangaat, zoo schijnt het, al mogt het dan ook waar zijn, dat men misschien beter gedaan had de Romeinsche regtsbeginselen over dit onderwerp niet te laten varen, bij de stellige bepaling van art. 1355, voor het

---

1) *Bedenkingen over de redenen der verbindbaarheid der overeenkomsten.* Deze merkwaardige en voor de wetenschap zeer belangrijke verhandeling heeft tot schrijver Mr. J. J. L. van der Brugghen, destijds regter ter instructie te Nijmegen.

minste hoogst bedenkelijk, of men onder onze wet, zoo als die is, die onderscheiding nog maken mag. Wel is waar, er zijn ook bij ons nog enkele overeenkomsten, die de wet aan vaste vormen verbindt, zoo als huwelijksche voorwaarden en schenking, artt. 202, 1719; doch dit zijn uitzonderingen, en daarvoor heeft de wet andere redenen gehad. Zie boven *ad* § 116, en beneden, *ad* § 995. Het is ook waar, dat voor die overeenkomsten, waarvan de waarde eene zekere som (die van *f* 300) te boven gaat, het bewijs door getuigen niet wordt toegelaten, art. 1933. Maar men moet, voor zooveel dit laatste betreft, de overeenkomst zelve niet verwarren met het bewijs. Volgens den Romeinschen regel is het *pactum nudum* nietig *per se*, al blijkt ook van zijn bestaan van elders, al wordt het bestaan niet eens tegengesproken. Volgens het nieuwe regt mag men, in geval van tegenspraak, het bestaan der overeenkomst niet door getuigen bewijzen. Maar zij bestaat daarom niet minder, en is in regten geldig, mits haar bestaan op eene andere wijze, b. v. door de erkentenis der partij (art. 1962), of door den geregtelijken eed (art. 1967) bewezen zij. Het spreekt echter van zelf, dat ook bij ons zoowel als bij de Romeinen tot verbindbaarheid eener overeenkomst de *animus contrahendae obligationis* vereischt wordt; dat eene bloote afspraak, eene losse belofte daartoe niet genoeg is, zoo als te regt geleerd wordt door POTHIER, 3, en TOULLIER, VI, 8; maar het is tevens zeker, dat ieder, die eene overeenkomst getroffen heeft, verondersteld wordt dit *serio ac deliberato animo* gedaan en zich wettig verbonden te hebben, zoo lang hij het tegendeel niet bewijst. Men kan derhalve als regels van het nieuwe regt vaststellen: 1°. elke overeenkomst, *pactum nudum* of niet, die ter goeder trouw is aangegaan, en al de vereischten, die de wet tot verbindbaarheid vordert (art. 1356), in zich vereenigt, is van waarde, en moet worden nageleefd; 2°. de overeenkomst is niet van waarde, als het bewezen is, dat zij niet *animo contrahendae obligationis* is aangegaan; 3°. de *animus contrahendae obligationis* wordt voorondersteld, en hij, die beweert, dat deze niet bestaat, moet dit bewijzen. Opmerkelijk is het wat DE GROOT zegt, *Inl.*, III, I, 52: »Maar gelijk de Duytschen van

alle oude tyden geen deugt en hebben geagt boven de trouwe, soo en is bij de selve soodanige scherpsinnigheyt niet aengenomen, maer verstaen ende gebruykt, dat alle toeseggingen die uyt eenige redelyke oorsaken geschieden, door wat woorden het soude mogen zijn, 't zij de luyden bij malkander waren op een plaets ofte niet, regt gaven om te eyschen, of om een eysch af te zetten," — VAN DER KEESSEL, *Thes. Sell.*, 184, teekent hierop aan: »promissio, cui justa debendi caussa non subest, non producit actionem in foro efficacem, quamvis alioquin ex nudo pacto actio nascatur," — zie ook GROENEWEGEN, *de leg. abr. ad leg.* 10 *C. de pact.:* »moribus nostris ex nudo pacto non solum exceptionem, sed et actionem competere, constat."

§ **774.** De verdeelingen der overeenkomsten in *synallagmatische* of *bilaterale* en *unilaterale*, en van de eerste in *commutatieve* en *aléatoire*, waarvan in artt. 1102—1104 *C. N.* gesproken werd, zijn in ons wetboek niet opgenomen, omdat zij enkel van wetenschappelijken aard en van geen praktisch nut of gevolg zijn. De juistheid der onderscheiding bovendien tusschen *bilaterale* en *unilaterale* overeenkomsten was aan gewigtige bedenkingen onderhevig; eigenlijk zijn alle overeenkomsten *bilateraal*, omdat alle wederzijdsche verbindtenissen ten gevolge hebben. Zelfs de schenking, die dan nog wel het meeste naar zulk eene *unilaterale* overeenkomst zou gelijken, legt ook aan den begiftigde zekere verpligtingen op, art. 1725. TOULL., VI, 19 *a*). De onderscheiding daarentegen tusschen die overeenkomsten, die om niet of die onder eenen bezwarenden titel zijn aangegaan (*contrats de bienfaisance, et à titre onéreux*), in art. 1350 behouden,

---

a) Dit is niet juist. Eene overeenkomst is unilateraal, indien *uit de overeenkomst zelve* slechts voor ééne der partijen verpligtingen voortvloeijen, zooals bij het contract van bewaargeving, ook dan wanneer *tengevolge van eene bijkomende omstandigheid*, de wederpartij tot iets verpligt kan worden, art. 1765. Hetzelfde geldt van de schenking, die ongetwijfeld tot deze soort van overeenkomsten behoort. Alle overeenkomsten om niet zijn unilaterale overeenkomsten, maar niet omgekeerd. Zoo is de verbruikleeuing eene unilaterale overeenkomst, ook dan wanneer interessen zijn bedongen, de overeenkomst dus niet om niet is aangegaan, art. 1802.

is van het uiterste gewigt, omdat ieder de vrijheid heeft, zonder eenige beperking, over al zijne goederen onder bezwarenden titel te beschikken, terwijl er gevallen zijn, waarin men slechts een gedeelte van zijn vermogen om niet mag vervreemden, artt. 960—967. De Romeinen eindelijk verdeelden de overeenkomsten nog in *contractus nominati et innominati* (genaamde en ongenaamde). *Contractus nominatus* was, *qui speciale nomen habet*, en bragt eene actie voort van denzelfden naam. *Contractus innominatus* werd genoemd, *qui speciale nomen non habet*, *sed civilem causam obligandi*, die eene actie voortbragt *ex praescriptis verbis* of *in factum.* Daarvan werden vier soorten onderscheiden: 1°. *do ut des;* 2°. *do ut facias;* 3°. *facio ut des;* 4°. *facio ut facias. L.* 7, § 1, 2 *D. de pactis; l.* 5, *l.* 17, § 5, *l.* 24 *D. de P. V.*, enz. Deze verdeeling is wel in ons wetboek niet uitdrukkelijk vermeld, maar echter stilzwijgend erkend in art. 1355. Zij bestaat ook uit den aard der zaak, en is van groot belang. Want wanneer er slechts eene ongenaamde overeenkomst bestaat, dan wordt deze alleen geregeld naar de algemeene regelen van titel I en II van dit boek. Op de genaamde overeenkomsten b. v. van koop, huur, enz. moeten daarenboven nog worden toegepast de bijzondere regelen daarvoor vastgesteld.

§ 775—777. Iedereen gevoelt, dat dit zoo wezen moet *a*). Maar welke is er de reden van? — Waarom is de overeenkomst, waarbij men op zijnen eigen naam iets voor een ander bedingt of belooft, onbestaanbaar? — Volgens POTHIER, 53, is de reden dier onbestaanbaarheid gelegen in een gebrek aan onderwerp. Omdat hij, die voor een ander belooft, eene zaak of daad belooft, die hij niet geven of doen kan, en hij, die voor een ander bedingt, iets bedingt, waarbij hij geen belang heeft.

---

a) Dat dit zoo wezen moet, wordt niet algemeen erkend. Zie o. a. J. P. MOLTZER, *de overeenkomst ten behoeve van derden*, Acad. Proefschr., Leiden, 1876, wiens gevoelen bestreden wordt door OPZOOMER, *B. W.*, t. a p., ad art. 1351. Intusschen, wat daarvan zij, zeker is het, dat ingevolge art. 1353, eene overeenkomst ten behoeve van een derde alleen geldig is in de daargenoemde gevallen, en dat derhalve ongeldig is elke zelfstandige overeenkomst ten behoeve van een derde, GOUDSMIT, *Pand.*, II, 115.

De *C. N.* had, door deze bepalingen (artt. 1119—1121) in de afdeeling handelende over toestemming te plaatsen, deze overeenkomsten als onbestaanbaar beschouwd wegens gebrek aan toestemming. Onze wet eindelijk heeft ze opgenomen in de afdeeling der algemeene bepalingen, en dus waarschijnlijk willen te kennen geven, dat zij daarom niet gelden, omdat zij nimmer eenige uitwerking kunnen hebben, noch tusschen de partijen, die niet deze bedoeling gehad hebben, noch ten aanzien van den derde, die daarin niet heeft toegestemd, en omdat de overeenkomsten aan derden geen voordeel of nadeel kunnen toebrengen, art. 1376. — Men merke wel op, dat deze overeenkomsten eigenlijk niet nietig zijn, en dat er bij gevolg geene actie tot nietig-verklaring behoeft te worden ingesteld. Zij zijn onbestaanbaar, worden geacht nooit bestaan te hebben, en hebben dus geen gevolg hoegenaamd. Zie meer hierover bij POTHIER, 54—84.

§ **776**. Bij voorb.: ik beloof u, dat A u zijn huis zal verkoopen, en, bij gebreke hiervan, dat ik u *f* 1000 zal betalen. Dit is eene soort van voorwaardelijke verbindtenis: ik zal u *f* 1000 betalen, als A u zijn huis niet verkoopt *a*).

§ **777**. *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest. L.* 73, § 4 *D. de R. J.*

1°. Bij voorb. gij zult mij *f* 200 geven, als gij uw paard niet aan A geeft. Zulk eene overeenkomst is geoorloofd: ik kan er een zedelijk belang bij hebben, dat A uw paard ten geschenke

---

a) In werkelijkheid is hier niets anders dan eene voorwaardelijke verbindtenis gesloten. Een gestreng, maar m. i. juist oordeel over art. 1352, velt OPZOOMER, *B. W.* ad art., in de volgende woorden: „Die voor een derde instaat wil daarmee niet dien derde verbinden, maar alleen zich zelf. Hij belooft alleen, dat wanneer die derde niet verkiest te doen wat hij van hem durft verwachten, hij dan zelf de schade, voor zijn medecontractant daaruit ontstaan, zal dragen. Als ik u zulk een belofte doe, dan ontstaat er niet de minste rechtsbetrekking noch tusschen u en den derde, noch tusschen hem en mij. De rechtsbetrekking bestaat alleen tusschen ons beiden; door een voorwaardelijke verbintenis ben ik aan u verbonden. In het sluiten nu van zulk een voorwaardelijke verbintenis is niets vreemds, en er was geen afzonderlijke wetsbepaling noodig om haar voor geoorloofd te verklaren. Ons artikel is volkomen overtollig.”

ontvange: ***eum beneficio affici hominem, hominis intersit. L.*** 7 ***D. de serv. export.***

2°. Bij voorb. ik schenk u mijn landgoed, op voorwaarde, dat gij jaarlijks *f* 100 aan A zult uitkeeren. Zulk een beding kan echter herroepen worden, zoo lang de derde niet verklaard heeft daarvan te willen gebruik maken, art. 1353, omdat geene schenking volmaakt is, zoo lang zij niet is aangenomen, art. 1720. Maar heeft deze dit eens verklaard, dan is het beding onherroepelijk. Er bestaat dan een *vinculum juris* tusschen hem en den belover. Art. 1353, en TOULLIER, VI, 151 *a*).

§ **778.** Zie de reden in art. 880: ***plerumque tam heredibus nostris, quam nobismetipsis cavemus. L.*** 9 ***D. de prob.*** Zie ook ***L.*** 37 ***D. de acq. vel am. her.***

Regtverkrijgenden *b*).

Vereischten voor de bestaanbaarheid der overeenkomsten.

§ **779.** Al deze vereischten behooren tot het wezen der overeenkomst. Men noemt die *requisita essentialia* (wezenlijke

a) De hier gestelde voorbeelden acht ik niet juist. Niet over voorwaardelijke verbindtenissen, gelijk de woorden van het artikel zouden doen vermoeden, wordt hier gehandeld, maar over eene verbindtenis onder eenen last, b.v. ik verkoop u mijn huis, of ik schenk u dit, onder den last dat gij aan C *f* 100 zult geven. Naar algemeene regtsbeginselen kan ik aan die overeenkomst evenmin het regt ontleenen om u te noodzaken aan C *f* 100 te geven, als C om dat bedrag van u te vorderen. Art. 1353 nu dient om hierin wijziging te brengen. Dat art. kent aan C het regt toe om de bedoelde *f* 100 van u te vorderen, en ontneemt mij het regt u van uwe verpligting te ontheffen, zoodra C verklaard heeft van het ten zijnen behoeve gemaakt beding gebruik te willen maken.

b) Hieronder zijn ook begrepen de regtverkrijgenden onder een bijzonderen titel, waaruit wel niet volgt dat elke persoonlijke verbindtenis van den voorganger in den eigendom van eenig bijzonder stuk goed op den verkrijger onder bijzonderen titel overgaat, maar wel dat dit het geval is, waar de verbindtenis met den eigenaar als zoodanig gesloten, de zaak betreft, in den eigendom waarvan de nieuwe verkrijger is opgevolgd. Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 26 Nov 1880, *W.* n°. 4584 Zie ook in gelijken zin 's hoogen raads arrest van 24 April 1884, *W.* n°. 5031. Uitvoerig wordt de litteratuur in utramque partem vermeld in de concl. van den adv. gen. SMITS betrekkelijk laatstgemeld arrest. Zie ook ter bestrijding van die leer, OPZOOMER, *B. W.*, ad art. 1612, en Mr. PH. P C. H EVERTS, in *Themis*, 1884, bl. 523 vlg.

vereischten), omdat, bij gemis van één van deze, er geene overeenkomst hoogenaamd bestaat. POTHIER, 6.

1°. Dat is zoo waar, dat, gelijk wij boven *ad* § 773 zagen, het juist die toestemming is, die de overeenkomst daarstelt, en dat de Romeinsche regtsgeleerden zelfs in hunne definitie aan de overeenkomst den naam geven van toestemming: *in unum placitum consensus.* Art. 1108 *C. N.* sprak alleen van de toestemming *de la partie qui s'oblige.* Deze redactie was onjuist, omdat in iedere overeenkomst twee partijen zijn, die zich verbinden, en dus ook moeten toestemmen, zoo als reeds was opgemerkt door DELV., V, 93 en door MARCADÉ, IV, 394, die o. a. zeer juist zegt: »on ne consent pas seul." In ons artikel is deze onnaauwkeurigheid verbeterd: de toestemming dergenen DIE ZICH VERBINDEN.

Toestemming.

§ **780.** Over de toestemming, zie POTHIER, 16—39; TOULLIER, VI, 35—95; DELV., V, 96—106; DURANT., XI, 101—199; MARCADÉ, IV, 403—443; DEMOLOMBE, XXIV, 44—202; DALLOZ, *Rép.* in voce *Obl.*, § 88—349; LAURENT, *Princip.*, XV, bl. 538—608. Iedere overeenkomst is de uitdrukking van den vrijen wil der partijen, en is daarom niet denkbaar zonder wederzijdsche toestemming. *Nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem* 1). *L.* 1, § 3 *D. de pactis.* Die vrije toestemming wordt niettemin in iedere overeenkomst voorondersteld, en hij, die de nietigheid der overeenkomst inroept, uit hoofde dat zijne toestemming niet vrij was, moet daarvan natuurlijk het bewijs leveren, welke ook de reden moge zijn, die haar zoude verhinderd hebben. Wat het tweede lid van art. 1364 zegt van bedrog, dat het niet voorondersteld wordt, maar bewezen moet worden, is derhalve niet minder waar voor dwaling of geweld. Dit spreekt van zelf, hoezeer de noodelooze bepaling van art. 1364 den min kundige in

---

1) Uit de volgende woorden van ULPIANUS blijkt duidelijk, dat men òf onder *conventionem* hier *consensum* verstaan moet, òf wel misschien daarvoor *consensum* lezen.

verzoeking zoude kunnen brengen om te gelooven, dat dwaling en geweld wel vooronderstеld en niet behoeven bewezen te worden, want dan alleen toch zou dat art. 1364, dat men, zonder er waarschijnlijk veel bij te denken, heeft nageschreven uit art. 1116 *C. N.*, iets beteekenen.

1°. *Non videntur, qui errant, consentire. L.* 116, § 3 *D. de R. J.*

In de zelfstandigheid der zaak. Bij voorb., wanneer ik, denkende een paard te koopen, eene koe koop. Dwaling daarentegen in de hoedanigheid der zaak maakt de overeenkomst niet nietig. Bij voorb. ik denk een Arabisch paard te koopen, terwijl ik inderdaad een Friesch paard koop. Ik heb naar die hoedanigheid vóór de overeenkomst kunnen en moeten onderzoek doen. Veel moet hier altijd worden overgelaten aan het oordeel van den regter, die over den aard der dwaling beslist. Zie voorts TONCKENS, *Diss. de modis, qb. cons. in contr. vitiatur. Tr. ad Rh.* 1827, p. 18—24.

In den persoon, enz. In het algemeen levert dwaling in den persoon geenen grond op tot nietigheid. Het is mij vrij onverschillig, of ik mijn huis verkoop aan A of aan B. Anders is het, als de overeenkomst voornamelijk uit aanmerking van den persoon is aangegaan, b. v. als ik het voornemen heb eene schilderij te bestellen aan een beroemd kunstenaar, en ik uit dwaling mij vervoeg bij een kladschilder. — De dading echter kan altijd worden vernietigd, als er dwaling in den persoon heeft plaats gehad, art. 1896. Zie beneden *ad* § 1124. — Maar is de dwaling in het regt (*error juris*) eene voldoende reden, om eene overeenkomst nietig te verklaren? Het is bekend, dat de uitleggers van het Romeinsche regt het volstrekt niet eens waren over de beteekenis van den regel: *juris quidem ignorantia cuique nocet* (*L.* 9 *pr. D. de jur. et fact. ign.*), en dat de Romeinsche regtsgeleerden dien zelfs niet zonder wijzigingen en onderscheidingen toepasten: *juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. — Caeterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.* DELV., V, 99, 100, wil deze onderscheiding ook in het nieuwe regt behouden.

hebben. TOULLIER, VI, 58—75, leert dat de dwaling in het regt zoowel als die in de zaak de overeenkomst nietig maakt. — Het is intusschen aan ernstigen twijfel onderhevig, of men eene leer, die tot zoo vele misbruiken aanleiding kan geven, wel mag aannemen onder eene wetgeving, die op den voorgrond stelt het beginsel: ieder moet de wet kennen, waaronder hij leeft. De inhoud der artt. 1357 en 1358 is haar ook zeker niet gunstig. Het eerste zegt ja, in het algemeen, dat de toestemming niet van waarde is, als zij door dwaling is verkregen; maar het tweede verklaart, welke de dwaling is, waarvan de wet hier spreekt, namelijk: 1°. in de zelfstandigheid der zaak; 2°. in den persoon, uit aanmerking van wien de overeenkomst is aangegaan: — derhalve geene dwaling in het regt.

2°. *Nihil consensui tam contrarium est, quam vis atque metus; quem comprobare, contra bonos mores est. L.* 116 *Pr. de R. J.* Maar het geweld moet zijn: 1°. van zoodanigen aard om op een redelijk mensch indruk te maken, *vani timoris justa excusatio non est. L.* 184 *D. de R. J.;* het Romeinsche regt vorderde nog meer: *metum* namelijk, *qui in constantissimum hominem cadere potest. L.* 6. *D. qu. met. caus.;* 2°. van dien aard, dat het de vrees inboezemt, dat men zijnen persoon of zijn vermogen aan een aanmerkelijk en dadelijk aanwezig gevaar zou blootstellen: *majorem malitatem et praesentem. L.* 5, *l.* 9 *Pr. D. eod.* De regter moet op alle deze vereischten vooral wel letten. Een vonnis toch, waarbij eene overeenkomst eenvoudig op grond van geweld in het algemeen werd nietig verklaard, zonder dat daaruit bleek van het bestaan der vereischten, bij art. 1360 gevorderd, zou eene duidelijke verkrachting en schending der wet zijn *a*).

3°. Wat bedrog (*dolus*) is, leert LABEO in *L.* 1, § 2 *D. de*

a) Bedoeld is hier "niet een lichamelijke overweldiging, maar de vreeswekkende bedreiging, in woorden of in daden, die ten doel had, tot het sluiten der overeenkomst te brengen" Waar het geweld zich uit in ligchamelijke overweldiging, doordien b.v. iemand mijn hand vasthoudt en zoo mij teekenen doet, daar is er geen wil, geen werkelijk gegeven toestemming van mijn kant. Er is dan volstrekte nietigheid, niet maar een binnen de grenzen van art. 1363 en art. 1490 vlg. in haar werking beperkte vernietiging. OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad artt. 1359 en 1357.

dol. mal.: omnis calliditas, *fallacia*, *machinatio ad circumveniendum*, *fallendum*, *decipiendum alterum adhibitum.* — Het bedrog moet door de ééne partij zijn aangewend jegens de andere (anders het geweld, artt. 1359, 1360). Het moet gebezigd zijn, om eene partij tot het aangaan der overeenkomst over te halen: *dolus dans causam contractui;* bij voorb. als ik u door bedriegelijke kunstgrepen overhaal om mijn huis te huren. Maar het is niet genoeg, als ik u, wanneer gij tot de huur reeds besloten hadt, omtrent de grootte, de waarde, enz. van het huis misleid. Dit laatste noemt men *dolus incidens.* Zie TOULLIER, VI, 90—92; DELV., V, 105, 106. Het gezegde aan het slot van n°. 2 is voor het overige ook van toepassing op het bedrog. Bedrog eindelijk wordt, even als dwaling en geweld, gelijk wij in den aanhef dezer § gezien hebben, niet voorondersteld, maar moet bewezen worden. Iedere toestemming wordt geacht vrij te zijn tot men het tegendeel bewijze. Dronkenschap kan ook somtijds eene reden van nietigheid opleveren, wanneer zij zoo hevig geweest is, dat de beschonkene blijkbaar niet wist wat hij deed, en dus niet heeft kunnen toestemmen. TOULL., VI, 112. Zie ook ontwerp van 1820, art. 2279.

Bekwaamheid.

§ **781, 782.** Zie POTHIER, 49—52; TOULLIER, VI, 97—112; DELV., V, 95; DURANT., XI, 264—294; MARCADÉ, IV, 444—446; DEMOLOMBE, XXIV, 289—298; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 350—404; LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 22—103.

Onderwerp.

§ **783.** Zie POTHIER, 53—84; TOULLIER, VI, 113—165; DELV., V, 107—119; DURANT., XI, 295—324; MARCADÉ, IV; 447—452; DEMOLOMBE, XXIV, 299—343; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 405—497; LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 103—145; D. J. WEERTS, *Diss. de obj. contr.*, L. B., 1834; H. A. D. VAN DER MEER, *de obj. in conv.*, L. B., 1836. Het onderwerp eener overeenkomst is de zaak, die men zich verbindt te geven, te doen of niet te doen; met andere woorden, de zaak waarover

men contraheert, art. 1270; POTHIER, 53, en niet, zoo als ZACHARIA, II, 344, leert, de levering of prestatie dier zaak. Zie VAN DER MEER, aang. *Diss.* 6, 7. Zaak wordt hier genomen in eene ruime beteekenis. Want niet alleen de zaak zelve, maar ook haar enkel gebruik of bezit, zoo als in art. 1127 *C. N.* gezegd werd, kan het onderwerp eener overeenkomst uitmaken, b. v. in de overeenkomst van huur, bruikleen, enz. Zaak beteekent hier ook daad of het nalaten eener daad. Eene zaak of daad, om het onderwerp eener overeenkomst te kunnen uitmaken, moet zijn: bestaande (*in rerum natura*), in den handel (*in commercio*), bepaald ten aanzien van hare soort, nuttig voor hem die haar bedingt, toebehoorende aan hem die belooft, mogelijk, geoorloofd.

Uitgezonderd enz. Verbindtenissen hierover aan te gaan, is nagenoeg onder alle wetgevingen verboden geweest. JUSTINIANUS noemde die: *pactiones odiosas ac plenas tristissimi et periculosi eventus, et contra bonos mores. L.* 30 *C. de pact.* — Zoodanige overeenkomsten zijn zelfs verboden, al stemt degene, over wiens nalatenschap gehandeld wordt, er in toe, omdat deze zich daardoor het *jus testandi* voor het vervolg zou benemen. Zie voorts TOULLIER, VI, 115.

1°. Zaken, die niet in den handel zijn, kunnen niet het onderwerp der overeenkomsten zijn, *quod nullius esse potest, id ut alicujus fieret, nulla obligatio valet efficere. L.* 182 *D. de R. J.* Welke zaken niet in den handel zijn, zie boven, *ad* § 353, en TOULLIER, VI, 157—165; DEMOLOMBE, IX, 457—460.

Oorzaak.

§ **784.** Over de oorzaak (*causa*), zie POTHIER, 42—46; TOULLIER, VI, 166—187; DELV., V, 119—121; DURANT, XI, 324—377; MARCADÉ, IV, 453—459; DEMOLOMBE, XXIV, 344—382; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 498—650; LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 107—237; G. A. IJSSEL DE SCHEPPER, *Diss. de causa in conventionibus*, L. B., 1834; J. VAN DE POLL, *Diss. ad locum C. C. Fr. de causa obl.*, L. B., 1835; A. DE PINTO, *Comm. ad quaest.: exponatur, et ad examen revocetur locus C. C. de caus. obl.*, *Tr. ad Rh.*, 1835. —

Zie ook *Regtsg. Bijdr.*, XII, 35—74, en meer bijzonder, naar Romeinsch regt, A. G. KLEIJN, de regts-oorzaak *a*). — De bepalingen van artt. 1131—1133 *C. N.* over de oorzaak der verbindtenissen (*causa obligationis*) hadden, door hare kortheid en onduidelijkheid, aanleiding gegeven tot menigvuldige moeijelijkheden. De verklaringen der schrijvers, die over dit onderwerp zeer uitéénliepen, hadden de zaak, zoo mogelijk, nog meer verward en nog duisterder gemaakt. Het zijn misschien grootendeels deze verkeerde voorstellingen der Fransche schrijvers geweest, die den Belgischen hoogleeraar ERNST, in eene verhandeling, voorkomende in de *Bibl. du jurisc. et du publ.*, T. I, L. 3, hebben doen beweren, dat de oorzaak niet alleen *in abstracto*, maar zelfs volgens den *Code*, eigenlijk geen afzonderlijk vereischte van de overeenkomsten was *b*). Zie deze verhandeling wederlegd in mijne aang. *Comm.*, 44—57. De eerste vraag, die zich hier ter beantwoording aanbiedt, is natuurlijk deze: wat is oorzaak, *cause?* — De Fransche schrijvers hebben die gedurig verward met het onderwerp, de toestemming, en zelfs met de voorwaarde. Dat zij intusschen iets anders moet zijn dan de voorwaarde, behoeft geen betoog: de voorwaarde is toch zeker geen vereischte van de overeenkomst, de oorzaak wel, artt. 1356, 1371. Dat noch onderwerp, noch toestemming hetzelfde is als oorzaak, blijkt overigens uit art. 1356. De meeste schrijvers, met name TOULLIER, leeren voorts, dat de oorzaak zou bestaan in de reden, het motief, dat de partijen gehad hebben om de overeenkomst te sluiten. Zie ook SCHMOLCK, aang. *Diss.* p. 61. Men moet echter vooral in het oog houden, dat dit motief, die *causa impulsiva*, die iemand tot het aangaan eener overeenkomst

---

a) Belangrijke beschouwingen over het begrip van oorzaak levert OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art., alwaar hij tot de slotsom komt, dat het bij eene herziening van het *B. W.* goed zal zijn, art. 1356, 4°. en de artt. 1371—1373 te doen vervallen. Tot hetzelfde resultaat kwam Mr. A. A. DE PINTO, *Themis*, jg. 1879, bl. 496—500. Vgl. ook de aldaar op bl. 523 vlg. medegedeelde brieven van Mr. J. VAN DE POLL, houdende bedenkingen tegen de leer door den Schr. der *Handl.* reeds verdedigd in zijne hierboven aangehaalde bekroonde prijsverhandeling van 1835.

b) Met het gevoelen van genoemden hoogleeraar vereenigt zich LAURENT, t. a. p., bl. 150—151.

doet besluiten, dikwijls met geene zekerheid te weten is; dat men van die reden aan niemand rekenschap verschuldigd is; dat men dikwijls zeer goede gronden kan hebben om die te verbergen, maar bovenal, dat de dwaling in die oorzaak de overeenkomst niet nietig maakt. Bij voorb.: ik koop een paard, omdat ik meen, dat het mijne dood is. De koop is niet minder geldig, en ik ben daaraan niet minder gebonden, al bevind ik later, dat mijn paard nog leeft. Zie POTHIER, 20. Maar als dit nu waar is, dan moet ook de oorzaak, waarvan hier gesproken wordt, iets anders zijn, dan het motief. De grond der dwaling was eigenlijk daarin gelegen, dat zij de oorzaak der overeenkomst (*causa conventionis*, *causa impulsiva*) verwarden met de oorzaak der verbindtenis (*causa obligationis*). Zij spraken van de eerste; de wet van de tweede. De redactie van ons artikel zou het welligt kunnen doen betwijfelen, of men onder onze wet niet zou behooren terug te keeren tot de leer van TOULLIER, en onder oorzaak verstaan het motief der handeling, omdat art. 1371 spreekt van OVEREENKOMST zonder oorzaak. Het blijkt echter nergens uit, dat men bij ons iets anders onder die oorzaak heeft willen verstaan hebben dan in den *Code*. Integendeel schijnt hetgene men daarover aangeteekend vindt bij ASSER, 480, te bewijzen, dat men in dit opzigt van het Fransche regt niet heeft willen afwijken; maar dat ook onze wet spreekt van oorzaak der verbindtenis, *causa obligationis;* zoodat overeenkomst zonder oorzaak zal moeten beteekenen: overeenkomst ZONDER OORZAAK VAN VERBINDTENIS. En in dat geval zal men best doen met ook bij ons te behouden de bepaling, door ZACHARIA, II, 345, gegeven, en te zeggen, dat de oorzaak in het algemeen is de regtsgrond, die maakt, dat uit de overeenkomst eene verbindtenis geboren wordt, en die bestaat: 1°. in de *commutatieve* overeenkomsten voor de éène partij in de levering van hetgene de andere verschuldigd is; 2°. in de kans-overeenkomsten voor elke partij in het gevaar of in de kans, die de andere aanneemt te loopen; 3°. in de overeenkomsten, die om niet worden aangegaan (*contractus gratuiti*), in de enkele edelmoedigheid (*liberalitas*), die de éène partij

jegens de andere wil uitoefenen. Daarmede schijnt over het algemeen ook in te stemmen MARCADÉ, IV, 453; DEMOLOMBE, XXIV, 345—352; DALLOZ, *l. l.*, n°. 500. — Op deze wijze is de oorzaak een wezenlijk vereischte in iedere overeenkomst. De levering der zaak toch is iets anders dan de zaak zelve. De eerste kan, wel is waar, niet zonder de laatste, maar de laatste wèl zonder de eerste aanwezig zijn. Bij voorb.: ik verkoop u, zonder dit te weten, uw eigen huis. Hier is wel een onderwerp, maar er is geene oorzaak, omdat ik u niet leveren kan, wat reeds het uwe is: *quod alicujus est, non amplius ejus fieri potest*, § 4 *I. de act.;* en daarom is onze koop nietig. Nog sterker is dit onderscheid in de kans-overeenkomsten, in welke het geld, dat men bedingt, gewoonlijk het onderwerp, het gevaar dat daarentegen de wederpartij loopt, altijd de oorzaak is. Het eerste is altijd geoorloofd, terwijl de oorzaak dikwijls ongeoorloofd is. Bij voorb.: ik wed met u om *f* 100, dat het één of ander gebeuren zal, en gij wedt het tegendeel. Het onderwerp onzer overeenkomst is *f* 100, de oorzaak onzer verbindtenis de kans, die wij wederzijds loopen om ons geld te verliezen. Onze oorzaak verklaart de wet ongeoorloofd, omdat zij alle weddenschappen verbiedt, op straffe van daarvoor geene regtsvordering te zullen verleenen, art. 1825 1).

Wat is het verschil tusschen eene overeenkomst zonder oorzaak of onder eene valsche oorzaak? Volgens POTHIER, 42, is daar geen onderscheid tusschen, anders volgens TOULLIER, VI, 170. Bij ons moet onder valsche oorzaak worden verstaan eene geoorloofde oorzaak, in de overeenkomst uitgedrukt, ten einde de ware, doch ongeoorloofde te verbergen (ASSER, 481). Bij voorb.: ik zal u *f* 1000 geven, als gij mij uw rijtuig geeft. De oorzaak mijner verbindtenis in deze overeenkomst is geoorloofd; zij bestaat in de levering van het rijtuig van uwe zijde. Maar als het nu bewezen wordt, dat dit niet de ware oorzaak mijner verbindtenis, maar slechts eene

1) Deze leer van ZACHARIA, die met die van POTHIER grootendeels overeenstemt, is door mij in mijne aang. *Comm.*, pag. 32—43, in het breede ontwikkeld en verdedigd, en ik heb nog geene genoegzame redenen gevonden om die te laten varen.

gesimuleerde is, en dat gij u inderdaad jegens mij verbonden hebt om eenen moord, eenen diefstal, of eene andere misdaad te begaan; dan is onze overeenkomst nietig, uit hoofde eener valsche oorzaak. In alle andere gevallen is er geen verschil tusschen eene overeenkomst zonder, of onder eene valsche oorzaak. Ook, wat het gevolg betreft, staan beiden volkomen gelijk. Beiden zijn nietig, en dat wel onverschillig, of er van den beginne af geene oorzaak geweest is, dan wel of de vroeger bestaan hebbende oorzaak heeft opgehouden: *nihil refert, utrum ab initio sine causa datum quid sit, an causa propter quam datum sit, secuta non sit. L.* 4 *D. de cond. sin. caus.*

Krachteloos *a*).

§ **785.** Zeer betwist was onder het Fransche regt de vraag of het bewijs van het bestaan eener niet uitgedrukte oorzaak aan den eischer, dan wel of het bewijs van haar niet bestaan aan den verweerder stond. — Sommigen, en daaronder MARCADÉ, V, pag. 5—7, en DEMOLOMBE, XXIV, 364—367, meenden dit laatste, op grond, dat uit art. 1132 *C. N.* een vermoeden zou ontstaan, dat iedere overeenkomst eene oorzaak heeft. Anderen droegen het bewijs op aan den eischer, op grond van den algemeenen regel: *ei incumbit probatio, qui dicit, non, qui negat; l.* 2 *D. de prob. et praes.*, in ons wetboek bevestigd door art. 1902; en, bovendien, omdat het bewijs van het niet bestaan eener oorzaak is een negatief bewijs, en *per rerum naturam facti negantis probatio nulla est. L.* 23 *C. de prob.; l.* 10 *C. de non num. pec.;* VOET, *ad tit. D. de prob. et praes.*, 10. Bij ons is de vraag in dien laatsten zin beslist, om dezelfde redenen, die de schrijvers over den *C. N.* tot staving van dit gevoelen bijbragten. Er moet eene oorzaak aanwezig zijn, om de overeenkomst van kracht te doen wezen, zegt art. 1372. Dus moet er blijken van dit aanwezig zijn: dus moet hij, die zich op de overeenkomst beroept, bewijzen, dat er eene oorzaak bestaat, en derhalve eene overeenkomst. De redactie van het

---

a) Hieruit volgt, dat men zich op de valschheid van oorzaak eener tegengeworpen overeenkomst kan beroepen, ook zonder dat men de ontbinding daarvan vordert. Arrest van den hoogen raad van 11 Junij 1880, *W.* n°. 4530.

artikel is, bij de laatste herziening, zoo veranderd, met het opzettelijk doel, om deze vraag te beslissen; in art. 1397 van het wetboek van 1830 was art. 1132 *C. N.* woordelijk vertaald. De schuldeischer moet dus het bestaan der niet uitgedrukte oorzaak bewijzen. Hij behoeft dit echter niet door geschriften, maar hij kan het zelfs door getuigen doen, al loopt de overeenkomst over eene som van meer dan *f* 300. (Art. 1933.) De titel der overeenkomst, door den schuldenaar onderteekend, is eene geschrevene akte van hem afkomstig, die de deugdelijkheid der schuld, en dus het bestaan der oorzaak of van het feit, waarop men zich beroept, waarschijnlijk maakt: deze titel is derhalve een begin van bewijs door geschrift. Artt. 1933, 1939. — Deze leer, dat de schuldeischer het bewijs der oorzaak moet leveren, schijnt ook te zijn aangenomen bij een arrest van den hoogen raad van 21 Mei 1852, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XIV, 380—391. Maar moeijelijk daarmede overeen te brengen, en bovendien op zich zelve vrij zonderling, is de beslissing van een later arrest van 18 Februarij 1870, *eod.* XXXIV, 276—287, dat in eene eenzijdige verbindtenis de eenvoudige erkenning van eene zekere som schuldig te zijn eene voldoende schuld-oorzaak is; met andere woorden dus, dat de schuld zelve is de oorzaak der schuld, de *causa debiti.* — Eene wederlegging van dit arrest vindt men in *Weekbl.* n°. 3194 *a*).

§ **786.** Zie boven, *ad* art. 14 *Alg. Bep.*, en mijne aangehaalde *Comm.*, 76—92.

Gevolg der overeenkomsten.

§ **787.** *Contractus facit legem*, of, zoo als het ULPIANUS uitdrukt in *l.* 23 *D. de R. J.: legem enim contractus dedit.* Een deugdelijk aangegaan contract heeft tusschen partijen dezelfde kracht als de wet, zoo zelfs, dat men daarbij de wet, die slechts

---

a) Verdedigd daarentegen wordt dit arrest door Mr. J. A. LEVY, *Rekening-Courant*, 105 vlg. Zie ook een arrest van den hoogen raad van 22 Dec. 1882, *W.* n°. 4859, waarbij is beslist, dat uit het voorschrift van art. 1356, 1°. niet volgt, dat in eene schriftelijke schuldbekentenis, de overeenkomst waaruit de schuld is ontstaan, met name moet worden vermeld, en dat door de daarin voorkomende woorden „waarde naar genoegen genoten", de oorzaak der verbindtenis, n.l. geldschuld wegens genoten waarde, voldoende wordt uitgedrukt.

dan werkt, wanneer het contract zwijgt, kan buiten werking stellen, behalve in die gevallen, waarin de wet zelve dit, om redenen van openbare orde, verbiedt, artt. 1371—1373, art. 14 *Alg. Bep.* Het verschil bestaat nog hierin, dat de wet verbindende is voor allen, het contract alleen voor de contracterende partijen. Zie meer boven *ad* art. 3 *Alg. Bep.*

Met wederzijdsche toestemming. — *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. L.* 35 *D. de R. J.* De overeenkomst, die door de toestemming van twee partijen is ontstaan, kan niet door den wil van ééne verbroken worden: *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. L.* 75 *D. de R. J.* De onderlinge toestemming is eigenlijk niet eene wijze waarop de overeenkomst te niet gaat, en wordt ook als zoodanig in art. 1417 niet opgenoemd; maar zij is veeleer eene nieuwe overeenkomst, waarbij men overeenkomt om eene vroegere overeenkomst te vernietigen en buiten werking te stellen of haar te beperken of te wijzigen.

Het gebruik. Dit is geene uitzondering op den regel van art. 3 *Alg. Bep.*, dat gewoonte geen regt geeft. Het is een gevolg van het vermoeden der wet, dat partijen stilzwijgend zich bij de overeenkomst verbinden tot alles wat in dergelijke overeenkomsten haar aard, de billijkheid of het gebruik medebrengen. Art. 1375. De hooge raad leidde hieruit volkomen juist af bij arrest van 15 Januarij 1869, VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXIII, 253—267, dat hier niet te denken valt aan plaatselijke gebruiken of gewoonten, maar alleen aan algemeene en overal aan den aard der bijzondere overeenkomst verbonden gebruiken.

§ 788. *Res inter alios acta, aliis neque nocere neque prodesse potest. L.* 1, 2, 3 *C. int. alios act.* enz.

§ 789. Dit regt der schuldeischers is de *actio Pauliana* der Romeinen. § 6 *I. de act.* Zie meer hierover TOULLIER, VI, 341—371 *a*). Art. 1166 *C. N.* gaf daarenboven aan de schuld-

a) Zie over de *actio Pauliana* inzonderheid naar het Ned. burg. regt, P. C. H. COLLARD, Acad. Proefschr., Utrecht 1880, beoordeeld in *Themis*, jg. 1881, 118—

eischers de bevoegdheid om alle regten en regtsvorderingen van hunnen schuldenaar uit te oefenen, met uitzondering van die, welke bij uitsluiting zijnen persoon raken. Art. 1402 van het Wetboek van 1830 had deze bepaling behouden, met de bijvoeging, dat de schuldeischers zich daartoe door den regter moesten doen magtigen. Bij de laatste herziening heeft men dat artikel, als overtollig, geheel weggelaten; omdat het, buiten de gevallen van faillissement, kennelijk onvermogen of beslag onder derden, nimmer kan te pas komen, en omdat deze drie gevallen voorzien zijn bij art. 764—899 Wetb. van Kooph., en bij art. 475—479, 735—757 en 882—899 Wetboek van Burg. Regtsv.

Uitlegging.

§ **790.** Al deze regelen zijn letterlijk overgenomen, met uitzondering van den eerste, uit art. 1156—1164 *C. N.* Zie daarover POTHIER, 91—102; TOULLIER, VI, 304—339; DELV., V, 228—232; DURANT., XI, 504—528; MARCADÉ, IV, 468—476; DEMOLOMBE, XXV, 1—37; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 848—876; LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 578—589. Allen zijn ontleend aan het Romeinsche regt. Zie b. v. *l.* 67, 81, 114 *de R. J.*, en verder B. G. BLIJDENSTEIN, *de interp. conv. jur. Rom.*, L. B. 1833. — Zie ook art. 2349—2359 van het ontwerp van 1820, en voorts boven, *ad* § 544.

1°. Zie boven *ad* § 544. Te regt staat dit voorschrift aan het hoofd der regels van uitlegkunde, omdat men eerst weten moet, wanneer men interpreteren mag, voordat men heeft te vragen hoe men dit doen moet. In den *C. N.* had men verzuimd dezen regel uit te drukken, ofschoon de bedoeling geene andere was, dan dat men art. 1156 van dat wetboek eerst dán mogt toepassen, als de woorden der overeenkomst niet duidelijk waren, LOCRÉ, VI, 84, 85. Te regt wordt echter door TOULLIER, VI, 306, aangemerkt, dat art. 1156, zoo als het geschreven is, te algemeen is, en door die algemeenheid faalt.

---

121. — Omtrent de vereischten voor de *actio Pauliana* en de personen door wie zij kan worden ingesteld, bevatten de arresten van den hoogen raad van 2 Jan. 1880 en 14 April 1881, *W.* nis. 4459 en 4635, belangrijke beslissingen.

2°. De woorden dienen om den wil en de meening der partijen uit te drukken. Men moet dus bij de uitlegging der overeenkomst, even weinig als bij die van de wet, angstvallig blijven hangen aan een onduidelijk of dubbelzinnig, misschien verkeerd gekozen woord, maar integendeel vragen, wat hebben de partijen gewild of bedoeld. De bekende woorden van CELSUS, in *l.* 17 *D. de legib.:* »scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim et potestatem," — gelden zoo goed voor het contract als voor de wet. *a*)

3°. *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto est. L.* 80 *D. de verb. obl.* »On ne s'amuse pas", zegt MARCADÉ, IV, 468, »à dresser des actes pour ne rien dire".

6°. *Ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire. L.* 31, § 20, *D. de cod. ed.* Van dezen regel vooral moet een zeer voorzigtig en spaarzaam gebruik gemaakt worden. Men moet daartoe niet alleen zijne toevlugt niet nemen, indien uit het contract zelf blijkt, dat men die gebruikelijke bedingen heeft willen uitsluiten, maar even als alle de regelen van uitlegkunde, zoo ook komt deze alleen te pas waar de woorden dubbelzinnig of duister zijn. Zijn de woorden duidelijk, dan mag daarvan onder geen voorwendsel worden afgeweken, art. 1378, IN OBSCURIS *inspici solet, quod plerumque fieri solet. L.* 114,

---

a) Uit eene vergelijking van art. 1379 met het onmiddellijk daaraan voorafgaande blijkt, dat onze wetgever in eerstgemeld artikel zijn wil op niet gelukkige wijze heeft uitgedrukt. Art. 1379 vooronderstelt de mogelijkheid van keuze tusschen de bedoeling van partijen en den letterlijken zin der woorden waarin de overeenkomst is vervat. Maar juist waar de woorden een letterlijken zin hebben, dus niet dubbelzinnig maar duidelijk zijn, verbiedt art. 1878 elke afwijking daarvan, op grond van de vooronderstelde bedoeling der partijen. Teregt dan ook leert de Schr. der *Handl.*, dat men eerst dan naar de bedoeling van partijen mag vragen, als de woorden waarin zij haar wil hebben uitgedrukt, onduidelijk of dubbelzinnig zijn. Het verband tusschen art. 1378 en de daarop volgende bepalingen wordt zeer duidelijk aangewezen door OPZOOMER, t. a. p., 169 en 170, waar hij zegt: »Art. 1378 stelt het beginsel aller uitlegging vast, de verpligting om zich eerlijk en eenvoudig bij de woorden te houden, zoo dikwijls die duidelijk en ondubbelzinnig zijn. Dan volgen de regels, die voor de uitlegging moeten gelden, waar de woorden door hun dubbelzinnigheid er meer dan éene toelaten. En van die regels is de eerste deze: let op de bedoeling der partijen."

D. de R. J. a) En dat bij de uitdrukking gebruikelijke bedingen ook hier alleen moet gedacht worden aan die bedingen, die de aard van het contract zelf medebrengen, en die dus overal gelden, en geenszins aan een plaatselijk gebruik of gemeenteregt, spreekt van zelf. Zie boven *ad* § 787. Niettemin blijkt zoo wel uit dit, als uit het vorige art. 1382, dat zij dwalen, die beweren, dat het geschreven regt aan gewoonte en gebruik alle regtskracht heeft ontnomen. Zie meer boven, *ad* art. 3 *Alg. Bep.*

7°. *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere. L.* 24 *D. de legib.* Ook deze regel van uitlegkunde geldt zoowel voor overeenkomsten als voor de wet.

10°. Meermalen is men gewoon in de overeenkomst, welker bepalingen men op zich zelven vreest dat tot twijfel zullen kunnen aanleiding geven, voorbeelden op te noemen tot opheldering dier bepalingen, zonder dat men daardoor andere niet uitgedrukte gevallen, die evenzeer in den aard der overeenkomst liggen, wil uitsluiten: *quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt, L.* 81 *de R. J.*

---

a) Niet met uitlegging maar met de werking der overeenkomsten heeft men hier te maken. De regelen van uitlegkunde, en daartoe behoort art. 1378, zijn hier dus niet van toepassing. Ook waar de woorden van het contract volkomen duidelijk zijn, zal derhalve art. 1383 behooren te worden toegepast, voor zooverre niet uit het contract zelf blijkt, dat men de bestendig gebruikelijke bedingen heeft willen uitsluiten.

TITEL III.

VAN VERBINDTENISSEN DIE UIT KRACHT DER WET GEBOREN WORDEN.

(Artt. 1388—1416. EERSTE GEDEELTE, § 791—809, bl. 202—206.)

Geschriften: ASSER, 484—492; VOORDUIN, V, 70—101; DIEPHUIS, VI, 231—291; OPZOOMER, III, 47—61; OPZOOMER, *B. W.*, VI, 183—357.

Algemeene bepalingen.

§ **791.** 1°. Daartoe behooren al de verbindtenissen, die ontstaan ten gevolge der onderwerpen in het eerste en tweede boek behandeld. Zoo verbindt het huwelijk, het aanvaarden van eene voogdij of curatele, van een uitvoerderschap van uitersten wil, enz., tot alle verpligtingen, die de wet aan echtgenooten, voogden, curators, uitvoerders, enz. oplegt. Art. 1415 van het wetboek van 1830, dat dit uitdrukkelijk bepaalde, is bij de laatste herziening weggevallen. *a*)

§ **792.** Deze handelingen waren onder het Fransche regt bekend onder den naam van *quasi-contracten*, *delicten* en *quasi-delicten*. Artt. 1370, 1371 *C. N.* Het oneigenlijke en onjuiste dezer benamingen wordt in het breede aangetoond door TOULLIER, XI, 14—20. In het Romeinsche regt werd men wel verbonden *quasi ex contractu* en *quasi ex delicto;* maar de benamingen van *quasi-contract* en *quasi-delict* waren bij de Romeinen onbekend. *Pr. I. de obl. qu. quas.; Pr. I. de obl. qu. quas. ex del.*, enz. — Het is echter noodzakelijk niet uit het oog te verliezen, dat onze wet onder verbindtenissen, die uit kracht der wet tengevolge van 's menschen toedoen geboren worden, niets anders verstaat dan die *quasi-contracten*,

a) Zie 1e ged. bl. 187 en 188 en de noot aldaar.

delicten en *quasi-delicten*, uitdrukkingen, waaraan men éénmaal gewoon was geraakt eene bepaalde en bestemde beteekenis te hechten.

Verbindtenissen voortspruitende uit eene regtmatige daad.

§ **793**. Ons wetboek, op het voorbeeld van den *C. N.*, artt. 1372—1381, geeft slechts twee voorbeelden van zoogenaamde *quasi-contracten*. Dit belet echter niet, dat er zich meer kunnen opdoen, waarop men de algemeene regels van dezen titel moet toepassen. TOULLIER, XI, 112. Het Romeinsche regt gaf er, zoo als bekend is, in den aang. titel der Inst., vijf, als: 1°. *negotiorum gestio;* 2°. *aditio tutelae;* 3°. *rei communio;* 4°. *aditio hereditatis;* 5°. *solutio indebiti.*

Waarneming van de zaken van anderen.

§ **794**. De wet heeft slechts enkele algemeene regelen over de *negotiorum gestio* opgenomen, waarvan men de verdere ontwikkeling zoeken moet in den *tit. D. et C. de neg. gest.* — Zie voorts daarover, behalve de schrijvers over het Romeinsche regt, POTHIER, *Tr. du mandat*, 167—228; TOULLIER, XI, 22—55; DELV., VIII, 441—444; DURANT., XIV, 633—676; MARCADÉ, V, pag. 250—254; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 5336—5481; LAURENT, *Princip.*, XX, bl. 340—368.

Met ZIJN weten. Volgens het Romeinsche regt daarentegen bestond er in dit geval geene *negotiorum gestio*, maar een *mandatum tacitum. L.* 53 *D. mand.; l.* 60 *D. de R. J.;* J. DA COSTA, *ad* § 1 *I. de obl. qu. quas. ex contr.*

4°. Wanneer er meer waarnemers waren, waren deze volgens het Romeinsche regt, niet hoofdelijk verbonden, ofschoon dit de hoofdelijkheid tusschen lasthebbers aannam. *L.* 60 *D. de mand.*, *l.* 26 *D. de neg. gest.* — Veel minder nog zijn de *negotiorum gestores* hoofdelijk voor hun beheer gehouden onder het nieuwe regt, dat zelfs geen hoofdelijke aansprakelijkheid van de lasthebbers, zoo er meerdere zijn, aanneemt, zonder uitdrukkelijk beding, een beding dat hier niet bestaanbaar is, art. 1841.

§ **795**. Omdat ook de lasthebber daarop geen regt heeft, zonder een uitdrukkelijk beding (art. 1831), dat hier nimmer bestaan

kan, en omdat bovendien van eene tegenovergestelde bepaling door geldzuchtige lieden al te gemakkelijk misbruik zou kunnen gemaakt worden, door zich ongeroepen en in hun eigen belang in de zaken van anderen te mengen.

§ **796**. Zijn zij, wier belangen zijn waargenomen, wanneer er meerderen zijn, hoofdelijk jegens den *negotiorum gestor* verbonden, even als de lastgevers, art. 1848? — Neen. De hoofdelijkheid wordt niet verondersteld, en heeft alleen plaats, indien zij bij de wet of bij de overeenkomst uitdrukkelijk bepaald is, art. 1318, en de wet spreekt haar hier niet uit.

Onverschuldigde betaling.

§ **797**. Over de betaling van het onverschuldigde, *solutio indebiti*, bij POTHIER *promutuum* genoemd 1), zie POTHIER, *Tr. des contrats de bienfaisance*, 132—179; TOULLIER, XI, 56—111; DELV., VIII, 444—450; DURANTON, XIV, 677—696; MARCADÉ, V, 254—264; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 5482—5587; LAURENT, *Princip.*, XX, bl. 368—403. De actie tot terugvordering van het onverschuldigde heette bij de Romeinen *condictio indebiti*, waarover zie *Tit. D. et C. de cond. ind.;* P. J. DENYSSEN, *Diss. de cond. ind.*, L. B. 1833; *Regtsg. Bijdr.*, XII, 54—57. Tot het instellen dezer actie worden de twee volgende omstandigheden vereischt: 1°. er moet iets betaald zijn, dat niet verschuldigd is. Hetgeen betaald is ter voldoening eener natuurlijke verbindtenis, kan niet teruggevorderd worden: *naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest. L.* 19 *D. de cond. ind.*, zie TOULLIER, XI, 87—89; b. v. als iemand eene wettige, doch verjaarde schuld betaald heeft; zie een ander voorbeeld in artt. 1825, 1828; 2°. die betaling moet uit dwaling geschied zijn; want, als men geweten heeft niet verschuldigd te zijn wat men betaald heeft, wordt men geacht daarvoor eene goede reden gehad te hebben, b. v. hem, die de betaling ontvangt, te hebben willen bevoorregten: *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. L.* 53

1) C'est le paiement qui est fait par erreur, qui forme ce quasicontrat: on l'appelle *promutuum*, à cause des rapports qu'il a avec le contrat *mutuum*.

D. de R. J.; l. 1 *D.*, *l* 9. *C. de cond. ind.;* TOULLIER, XI, 60—76. — Het is aan hem, die wat hij betaald heeft, terugvordert, om te bewijzen zoo wel dat hij niet schuldig was, als dat hij uit dwaling betaald heeft: 1°. om den algemeenen regel: *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit; l.* 21 *D. de prob.*, art. 1902; 2°. omdat de betaling zelve doet vooronderstellen dat, wat betaald is ook verschuldigd was: *qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat; l.* 25 *Pr. D. de prob.;* 3°. omdat de dwaling niet verondersteld wordt; zie boven *ad* § 780 *a*). — Eindelijk moet nog worden opgemerkt, dat nooit, en in geen geval kan worden teruggevorderd, wat betaald is *ex causa judicati*, dat is, ter voldoening aan een regterlijk gewijsde, al bewees men ook naderhand, dat het betaalde niet verschuldigd was: *propter auctoritatem rei judicatae repetitio cessat. L.* 29, § 5 *D. mand.* Immers wat betaald is *ex causa judicati*, is niet betaald bij vergissing. Het is betaald om aan den last bij het vonnis gegeven te voldoen. Daarom ook leert de *l.* 1 *C. de cond. ind.: pecuniae indebitae per errorem*, NON EX CAUSA JUDICATI *solutae, esse repetitionem jure condictionis, non ambigitur.* Het is dan ook een noodzakelijk gevolg van het gezag bij art. 1954 aan de ge-

---

a) Anders OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 248—251. Volgens dien Schr. kan de betaler volstaan met het bewijs dat hij betaald heeft en dat hij niet schuldig was, maar behoeft hij niet bovendien te bewijzen, dat hij op het oogenblik van de betaling in dwaling heeft verkeerd. Hij acht het niet waarschijnlijk, dat hij die zonder dwaling, om bijzondere redenen, b. v. eergevoel, gemoedelijkheid, heeft betaald wat hij niet schuldig is, daarna met verloochening van die beweegredenen, beweren zal zonder kennnis van zaken, in dwaling te hebben betaald. Beweert hij dit laatste, dan zal hij het in den regel ook naar waarheid beweren en inderdaad uit dwaling hebben betaald. De betaler heeft derhalve, volgens Schr., in dit geval het vermoeden voor zich, dat hij werkelijk in dwaling is geweest, en op de tegenpartij, die zulks ontkent, zal de bewijslast rusten, dat de betaler wel wist, dat het betaalde onverschuldigd was. Ik kan dit niet inzien. Is het niet zeer wel mogelijk dat hij van wien de betaling wordt gevraagd, van iets, dat hij weet niet verschuldigd te zijn, daaraan voldoet, alleen om den last van een mogelijk proces te ontloopen en dat hij later hierover berouw gevoelende, het onverschuldigd betaalde wil terug erlangen? Maar bovendien al ware het vermoeden als gegrond te beschouwen, in geen geval is het een wettelijk vermoeden, dat hem in wiens voordeel het bestaat, van verder bewijs zou ontheffen.

wijsde zaak toegekend, en van den regel der *l.* 207 *D. de R. J.*: *res judicata pro veritate accipitur.* Zie meer hierover, en over eene belangrijke vraag hiermede in verband staande, *Themis*, 1841, bl. 1—20, 145—158, en *Regtsgel. Adv.*, I, 90—95 *a*).

§ **799**. Zie boven *ad* § 797, en eene verhandeling over de natuurlijke verbindtenissen in *Themis*, 1866, bl. 197—248 *b*).

§ **800**. Indien hij enz. Als hij niets ontvangen heeft, kan hij niets teruggeven. En men oordeelde het onbillijk, dat, daar beide partijen in de goede trouw verkeerden, de ééne schade zou lijden door eene gift, die welligt geene plaats zou hebben gehad, indien de schenker had geweten, dat het geschonkene hem niet toebehoorde. In den *C. N.* kwam deze bepaling wel niet voor, maar hetzelfde volgde toch uit art. 1380. Zie TOULLIER, XI, 97. Kan de eigenaar zijne zaak terugvorderen van den begiftigden derden bezitter, op grond, dat de schenker op hem niet meer regt heeft kunnen overdragen, dan hij zelf had? — Neen, dat regt wordt hem nergens gegeven. Hij heeft alleen eene persoonlijke regtsvordering (*condictio*) tegen hem, aan wien hij onverschuldigd betaald heeft. De begiftigde daarentegen is eigenaar geworden van de zaak, die hij te goeder trouw en krachtens eenen wettigen titel verkregen heeft. Zie TOULLIER, XI, 97—99, waar het tegenovergesteld gevoelen van POTHIER, 179, bestreden wordt.

§ **801**. Noodzakelijke, en niet ook de nuttige, zoo als volgens art. 1381 *C. N.* — Men heeft dat woord bij ons opzettelijk weggelaten, om allen strijd tusschen dit artikel en art. 623, *jis.* art. 630 en 634 te voorkomen.

---

a) Bij arrest van 13 April 1883, *W.* n°. 4904, beslistte de hooge raad, dat alleen hij het betaalde als onverschuldigd kan terugvorderen, die uit eigen naam de betaling gedaan heeft, zoodat hij die als lasthebber, hetgeen hij van een ander onder zich heeft, betaalt, ook al is het onverschuldigd, dit niet voor zich zelven kan terugvragen.

b) Zie verder omtrent de natuurlijke verbindtenissen en wat daartoe naar ons regt behoort, de litteratuur vermeld bij ASSER, *Regtspr.*, ad art. 1395 *i. f.*; GOUDSMIT, *Pand.*, II, 54—63, en Mr. N. K. F. LAND, in *Rechtsgel. Magazijn*, 3ᵉ jg, bl. 293—335. Zie ook bepaaldelijk ter bestrijding van hetgeen door GOUDSMIT, t. a. p., met betrekking tot ons regt wordt aangevoerd, OPZOOMER, *B. W.*, VI, 281—289.

Verbindtenissen voortspruitende uit eene onregtmatige daad.

§ **802.** Het regt om schadevergoeding te vorderen, wordt hier uitdrukkelijk beperkt tot die schade, die het gevolg geweest is van eene onregtmatige daad. Hij dus, die door eene regtmatige daad een ander schade toebrengt, is tot geene vergoeding gehouden: *nemo damnum facit nisi qui id facit, quod facere jus non habet. L.* 151 *de R. J.* Zie ook *l.* 55 *eod.; l.* 13, § 1 *de injur.; l.* 1, § 12 *de aq. pluv.; l.* 5, § 1 *ad leg. Aq.*, enz. — Veel algemeener was de uitdrukking van art. 1382 *C. N.: tout fait quelconque de l'homme*, enz. En hoezeer de meeste schrijvers leerden, dat ook dit artikel alleen op onregtmatige daden zag (zie b. v. TOULLIER, XI, 118, 119; DURANT., XIV, 699), gaven de algemeene woorden van het artikel echter gegronde redenen tot twijfel, dien men door de bijvoeging van het woord onregtmatige bij ons heeft weggenomen. — Genoeg echter is het, dat de daad op zichzelve onregtmatig is. Er behoeft niet juist een misdrijf te zijn gepleegd, door de strafwet gestraft, en dat altijd arglist (*dolus*) vooronderstelt. Hier wordt niets meer gevorderd dan schuld (*culpa*), al is die ook nog zoo gering. Iedere onvoorzigtigheid, ieder verzuim, iedere nalatigheid, van welken aard ook, verpligt tot vergoeding der toegebragte schade: — *etiam ab eo qui nocere noluit; — in lege Aquilia et levissima culpa venit. L.* 5 *Pr.; l.* 44 *Pr. D. ad leg. Aq.* — Onze wet kent zelfs de willekeurige en onbestemde onderscheiding niet tusschen *culpa lata, levis et levissima*, door de uitleggers van het Romeinsche regt uitgedacht, doch die aan de Romeinsche regtsgeleerden zelve ten éénemale onbekend was. Merkwaardig is hierover TOULLIER, VI, 230—234. Zie ook J. C. VAN DE KASTEELE, *Diss. de culpae praest. in contr.*, L. B. 1837, en voorts over dit geheele onderwerp: POTHIER, *Tr. des Obl.*, 116—122; TOULLIER, XI, 113—329; DELVINCOURT, VIII, 451—456; DURANTON, XIV, 697—729; MARCADÉ, V, 265—274; DALLOZ, *Rép.* in voce *Obl.*, § 3588, *Responsabilité*, § 23—213, 492—714; LAURENT, *Princip.*, XX, bl. 405—698, en verder over hetgeen vereischt wordt voor de actie van art. 1401, *Nieuwe*

Bijdr., XV, 1—55 en XVI, 101—126; *Themis*, 1865, bl. 341—378. Bij DE GROOT, *Inl.*, III, 68, heette wat de Franschen noemen *quasi-delict:* misdaed door wetduyding *a*).

Onze wet is algemeen, zoowel ten aanzien van de personen, als ten aanzien van de daden en van hare gevolgen. Vooreerst de personen. Niet alleen de physieke, maar ook de zedelijke personen, b. v. eene vennootschap, een zedelijk ligchaam of een collégie is tot de vergoeding gehouden. Men heeft wel eens beweerd, dat een zedelijk persoon niet onregtmatig handelen kan. Maar waarom niet? Het zedelijk ligchaam b. v. handelt door zijne bestuurders, artt. 1692, 1693, en wordt door hunne handelingen wel degelijk verbonden, hetzij die regtmatig, hetzij zij onregtmatig zijn, mits de bestuurders maar niet handelen buiten den kring hunner bevoegdheid. Hetzelfde geldt voor vennootschappen en voor alle anderen. Bovendien geldt hier de bepaling van art. 1403. Die zedelijke ligchamen of andere vereenigingen hebben hunne bestuurders aangesteld tot de waarneming hunner zaken, en zijn dus voor hunne daden aansprakelijk. Ten tweede de daden. Daartoe behooren alle onregtmatige daden, van welken aard ook, en waaruit ook ontstaande, zonder eenige onderscheiding, en daaronder valt derhalve ook iedere handeling tegen de contractuële verpligting, en iedere wanprestatie daarvan. De wet onderscheidt volstrekt niet. Men kan daarom ook niet aannemen de leer van MARCADÉ, V, 267, en van een arrest van den hoogen raad

---

a) Onregtmatig is elke daad, die door de wet of een wettelijk voorschrift, b. v. provinciale of gemeente-verordening, verboden is, onverschillig of daartegen al dan niet straf is bedreigd, en dus ook wanneer de daad noch als misdrijf noch als overtreding te beschouwen is In engeren zin verstaat men onder onregtmatige daad alleen eene handeling, een doen van wat een wettelijk voorschrift verbiedt (art. 1401); in ruimeren zin wordt er ook onder begrepen eene nalatigheid, een verzuim, een niet doen van wat zoodanig voorschrift gebiedt. De strekking van art. 1402 is om ook voor dit laatste de aansprakelijkheid vast te stellen. In dien zin beslistte de hooge raad dan ook bij arresten van 6 April en 29 Junij 1883, *W.* nrs. 4901 en 4927, dat in elk geval voor de toepasselijkheid van de artt. 1401 en 1402 noodig is onregtmatigheid, en dat zij derhalve niet toepasselijk zijn, indien de daad of het verzuim niet in strijd is met des daders regtspligt of inbreuk maakt op eens anders regt.

van 23 Mei 1856, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, III, 356—365, dat men deze actie niet hebben zou als er tusschen partijen eene overeenkomst bestaat en derhalve de regtsband »niet door de beklaagde daad zelve tusschen hen wordt geboren." Die onderscheiding toch is buiten de wet, en er zou bovendien geene gezonde reden voor zijn. Die niet doet datgene waartoe hij *ex contractu* verbonden is, handelt zeer zeker onregtmatig, en de actie wegens wanprestatie is bovendien misschien voor het minst evenzeer eene actie *ex lege* als *ex contractu*. Eindelijk het gevolg. Alle schade moet vergoed worden. En dat is juist het eenige verschil tusschen het niet-nakomen der overeenkomst en de andere onregtmatige daden. De beperkingen en onderscheidingen van artt. 1282—1284 zijn alleen gegeven voor het eenige geval van wanprestatie, en kunnen dus bij andere onregtmatige daden niet worden ingeroepen *a*).

Eindelijk zij nog opgemerkt, dat de onregtmatigheid der daad op zich-zelve nog niet voldoende is, om vergoeding te vragen. Er moet bovendien schuld of verzuim zijn. En daaruit volgt, dat niet aansprakelijk is hij, aan wien zijne daden niet kunnen worden toegerekend, en die dus niet *in culpa* kan zijn, b. v. een krankzinnige, of een minderjarig kind, dat niet kan geacht worden te handelen met oordeel des onderscheids. Zie *Regtsg. Adv.*, V, 121—125; MARCADÉ, V, 266.

---

a) Dat hij die niet doet datgene waartoe hij *ex contractu* verbonden is, onregtmatig handelt, is volkomen juist. Daaruit intusschen zou ten hoogste kunnen volgen, dat de wetgever ten deze niet had behooren te onderscheiden tusschen de daad, die als in strijd met eene contractuele verpligting, onregtmatig is te achten, en de daad die op zich zelve, zonder vooraf ontstane verpligting, als zoodanig is te beschouwen. Onze wetgever echter heeft zoodanige onderscheiding wel gemaakt, door in de artt. 1279 vlg., speciale voorschriften te geven omtrent het niet nakomen eener verbindtenis ontstaan uit overeenkomst. Daaruit volgt, dat in dat geval die artikelen, niet de artt. 1401 vlg. van toepassing zijn. Zie ook in dien zin o. a. het arrest van den hoogen raad van 31 Maart 1876, *W.* n°. 3978. Hij die bij overeenkomst zich tot iets verbonden heeft, is dan ook in de eerste plaats gehouden tot nakoming daarvan, en slechts subsidiair wanneer hij daaraan niet voldoet, tot schadevergoeding. Hij daarentegen die eene daad pleegt, die op zich zelve onregtmatig is, is terstond alleen tot schadevergoeding gehouden, en niet tot iets anders.

§ **804.** Art. 1401 stelt het algemeen beginsel vast, dat men moet vergoeden de schade door zijne schuld veroorzaakt. De volgende artikelen zijn de ontwikkeling van dat beginsel. Daarbij wordt onderscheiden tusschen de gevallen, dat de schade is veroorzaakt door eigen toedoen of schuld of door die van anderen, voor wie men verantwoordelijk is. In het eerste geval moet worden vergoed de schade niet alleen door onregtmatige daad, maar ook die door nalatigheid of onvoorzigtigheid veroorzaakt, omdat in beide gevallen evenzeer schuld bestaat. Art. 1403 daarentegen, handelende over schade veroorzaakt door anderen voor wie men verantwoordelijk is, spreekt alleen van daden, en hier kan dus de verpligting niet worden uitgestrekt tot verzuimen. De regel toch is, dat men alleen verantwoordelijk is voor eigen daden en verzuimen, geenszins voor die van anderen, en de uitzonderingen op dien regel zijn *strictae interpretationis.* Zij moeten bepaald worden tot de door de wet uitdrukkelijk voorziene gevallen. De reden van het onderscheid bestaat vermoedelijk hierin, dat verzuimen van anderen oneindig minder gemakkelijk te beletten zijn dan daden, en dat in het laatste geval dan ook veeleer aan schuld kan worden gedacht dan in het eerste. Anders echter arrest van den hoogen raad van 13 Januarij 1871, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, 334—350, in revisie bevestigd bij arresten van 6 April 1872, *W.* n°. 3451, en van 2 Januarij 1874, *W.* n°. 3681 *a*).

2°. Men heeft gevraagd of de man ook verantwoordelijk is voor de schade door zijne vrouw toegebragt. Ja, volgens DELV., VIII, 454, 455. Neen, volgens TOULLIER, XI, 279, 280; en te regt, want: 1°. is in den regel ieder slechts verantwoordelijk voor zijne eigen daden; 2°. is art. 1403 eene uitzondering van het algemeen beginsel, en mag het daarom niet worden uitgestrekt tot de niet uitgezonderde gevallen. Anders echter zou het zijn indien de man de schade had kunnen beletten, en dit verzuimd heeft, omdat dan hij zelf *in culpa* is. De verantwoordelijkheid echter voor de daden van anderen mag niet verder worden

---

a) Anders ook OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 324—327 en 328—330.

uitgestrekt dan tot de gevallen bij de wet uitdrukkelijk voorzien. Zie MARCADÉ, V, 273.

b. En zij die anderen aanstellen. Zoo is b. v. de lastgever verantwoordelijk voor de schade toegebragt door zijnen lasthebber. Die woorden zijn voor het overige van zeer algemeene en zeer uitgebreide beteekenis. Daaruit wordt dan ook vrij algemeen de gevolgtrekking afgeleid, dat b. v. ook de staat of de gemeente aansprakelijk is voor de onregtmatige daden zijner ambtenaren, die wel niet zijn de knechts of de bedienden van den staat, maar wel degenen aan wie deze de waarneming zijner zaken opdraagt. Zie voorts DALLOZ, *Rép.* in voc. *Responsabilité*, nº. 256—261; MARCADÉ, V, 271. Die verantwoordelijkheid van den staat wordt ook aangenomen bij eene sedert lang gevestigde en volgehoudene jurisprudentie van den hoogen raad. Zie b. v. arresten van 11 December 1840 (*Weekbl.* nº. 770), 26 October 1860, bij VAN DEN HONERT, Afd. B. R., XXIV, 307—331 en laatstelijk de zoo even aang. arresten van 13 Januarij 1871 en van 2 Januarij 1874. Anders echter *Regtsg. Adviezen*, I, 95, 96, althans met betrekking tot de militairen, doch op dien minder juisten grond, dat tusschen den staat en de militairen geen burgerlijke regtsband zou bestaan. Op zich zelve is dat wel volkomen waar, maar als de leer van de jurisprudentie juist is, beslist dit de vraag niet, omdat het dan onverschillig is, welk het regts-verband is tusschen den staat en zijne ondergeschikten; doch het er alleen op aankomt te weten, welke de verhouding is tusschen den staat, en den privaat-persoon, die de schade lijdt. Dat is echter juist de vraag; en het valt niet te ontkennen, dat tegen die leer zeer gewigtige bedenkingen zijn aan te voeren. Het mag waar zijn, dat de staat zijne ambtenaren aanstelt tot de waarneming van zekere werkzaamheden; maar dat zijn dan toch ambts-werkzaamheden van publiek- en niet van burgerregtelijken aard; en, wanneer het burgerlijk regt spreekt van bedienden of van ondergeschikten, die men met de waarneming zijner zaken belast, dan heeft dit daarbij toch zeer zeker niets anders op het oog gehad dan dienst-huurcontracten of soortgelijke overeenkomsten van burgerlijk regt. Daarbij komt dat een ge-

volg van de leer der jurisprudentie wel zou moeten zijn, dat men den regter liet beslissen over de wettigheid van ambts- en regerings-daden, waartoe deze zeker nooit bevoegd kan zijn. Meer hierover vindt men in een zeer merkwaardige Acad. verhandeling *Over de aansprakelijkheid van den staat*, door A. F. K. Hartogh, Leiden 1869. Zie echter *Regtsg. Adv.*, VI, 103—107. De staat of de gemeente kan natuurlijk bij bijzondere wetten worden aansprakelijk gesteld voor handelingen van ambtenaren of van anderen; maar, waar zulke wetten ontbreken, kan niet wel die aansprakelijkheid door gevolgtrekkingen uit het burgerlijk regt stilzwijgend worden aangenomen. Zoo bestaat b. v. in Frankrijk nog altijd eene wet van 16 *Vend.*, *an* IV, waarbij de gemeenten worden verantwoordelijk gesteld voor schade aan bijzondere eigendommen toegebragt bij gelegenheid van oproerige bewegingen. Zie Marcadé, V, 273. Die wet echter, waarvan niet bij Fortuin, maar in het verslag van de commissie voor de Fransche wetten wordt melding gemaakt, is hier te lande nooit exécutoir verklaard.

3°. Volgens het Romeinsche regt kon de eigenaar volstaan met het dier uit te leveren (*noxae dedere*), *I. si quad. paup. fec.* — Hetzelfde had ook, in sommige gevallen, in het oud-Hollandsch regt plaats. Somtijds echter verminkte of doodde men het dier, ten einde het te beletten verdere schade toe te brengen, en de eigenaars tot meer waakzaamheid aan te sporen. De Groot, *Inl.* III, 38, 10; *Regtsg. Bijdr.*, XI, 169, 170.

4°. Bij voorb. door de instorting van een huis, dat bouwvallig was, zelfs zonder voorafgaande sommatie der buren, omdat deze bij art. 1405 niet gevorderd wordt. De eigenaar moet zelf den staat van zijn goed kennen, en zorgen, dat het aan anderen geene schade toebrenge. Wanneer het goed aan meerderen toebehoort, zijn niet allen hoofdelijk, maar is ieder voor zijn aandeel *pro dominicis partibus*, gehouden. Art. 1318. *L.* 40, § 3 *D. de damn. inf.* Voor het overige is ook het bepaalde bij art. 1403, waarbij men wordt aansprakelijk gesteld voor de schade veroorzaakt door zaken die men onder zijn opzigt heeft, eene uitzondering op den regel, dat men alleen aansprakelijk is voor eigen

daad of verzuim. Wat dus hier gezegd wordt van gebouwen is alzoo geen voorbeeld, maar regelt of expliceert de uitzondering op dien regel, waardoor de verantwoordelijkheid ook wordt uitgestrekt tot die schade, die veroorzaakt is door zaken, welke men onder zijn opzigt heeft, art. 1403. Deze bepaling mag daarom ook niet worden uitgestrekt tot andere gelijksoortige gevallen, tenzij het blijke, dat de schade door de zaak veroorzaakt, te wijten zij aan schuld of nalatigheid van den eigenaar, bezitter of gebruiker. In dien zin alleen is het waar, wat DALLOZ t. a. p. nº. 749 zegt, dat die voorbeelden *n'ont rien de limitatif.* Zie ook arrest van den hoogen raad van 4 Maart 1870, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXIV, 299—310. Wanneer dus een boom omvalt, of een muur of heining dienende tot afscheiding instort, dan is de eigenaar of huurder niet aansprakelijk, tenzij men aantoone dat het ongeval een gevolg is van zijne schuld of onachtzaamheid; maar in dat geval ook is het zijne daad of verzuim, waarvoor men hem verantwoordelijk stelt. Zie ook MARCADÉ, V, 273. Men kan immers met DALLOZ, l. l. § 758 niet aannemen, dat b. v. een boom moet worden gelijkgesteld met een gebouw, al ware het maar alleen omdat de wet van het tweede wel, maar van het eerste niet spreekt. Maar bovendien, hij die een bouwvallig huis laat staan is *eo ipso* onachtzaam en dus aansprakelijk. Maar hetzelfde kan niet gezegd worden van boomen. Wanneer die dus omvallen, dan moet door hem die vergoeding vraagt van daardoor geleden schade, verzuim van den eigenaar worden bewezen. Zoo ook begreep het de hooge raad bij het zoo even aang. arrest van 4 Maart 1870. Anders echter *Regtsg. Adv.*, 100—106. Diezelfde beginselen schijnen ook, althans *implicite*, aangenomen bij arrest van den hoogen raad van 7 November 1850, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XII, 144—161. De hooge raad is echter op die leer teruggekomen bij een later arrest van 28 Januarij 1859, *eod.* XXIII, 57—71, waarbij de tegenovergestelde meening zeer stellig is aangenomen, doch op gronden die weinig aannemelijk schijnen en waarop dan ook weder wordt teruggekomen bij het zoo even aang. arrest van 4 Maart 1870. — Meer aannemelijk daarentegen is de leer gehuldigd bij een ander

arrest van den hoogen raad van 18 Februarij 1859, *eod.* XXIII, 96—127, waarbij beslist wordt, dat het woord eigenaar hier niet moet worden opgevat in beperkten zin, maar dat de verantwoordelijkheid zich ook uitstrekt tot den bezitter, die zich als eigenaar gedraagt, tot de geregtelijke opvordering. — Eindelijk oordeelde de hooge raad nog bij een arrest van 21 Maart 1874 (*Weekbl.* nº. 3700), dat in ieder geval, ook dan, als, wat wel in den regel het geval zal zijn, het gebrek van bouwing of inrigting te wijten is aan den aannemer of bouwmeester, alleen de eigenaar aansprakelijk is, zelfs dan als het gebouw nog niet voltooid is. Het eerste is zeker volkomen juist. Art. 1405 geeft de actie tegen niemand dan tegen den eigenaar, behoudens natuurlijk zijn verhaal tegen aannemers of werklieden. Het tweede echter is bedenkelijker. De actie wordt alleen gegeven wegens gebrek in de inrigting of verzuim van onderhoud; aan het eerste nu valt zeer moeijelijk, en aan het tweede in het geheel niet te denken bij een gebouw dat niet voltooid is. Dit belet nu wel niet, dat er eene actie kan zijn wegens schade die het gevolg is van instorting, maar dan ook alleen tegen hem, die daarvan door schuld of nalatigheid de oorzaak is, krachtens de artt. 1401 en 1402, niet echter krachtens art. 1405 tegen den eigenaar *qua talis.*

Of door een gebrek enz. Behoudens het verhaal van den eigenaar tegen de aannemers en bouwmeesters. Art. 1645.

§ **805.** Deze bepalingen over de burgerlijke regtsvorderingen, uit misdrijf voortspruitende, komen noch in den *C. N.*, noch in het wetboek van 1830 voor. Zij zijn ontleend aan artt. 1318—1328 van het Holl. wetboek *Nap.* Zie *Regtsg. Bijdr.*, IX, 212, 213. Gelijksoortige voorschriften treft men ook aan in het ontwerp van 1820, artt. 3022—3036.

§ **806.** Het beginsel, dat aan deze bepalingen ten grondslag ligt, en dat bij hare verklaring niet mag worden uit het oog verloren, is dit, dat geene vergoeding te pas komt dan daar waar schade, werkelijke, wezenlijke schade is. Waar die ontbreekt, kan wel de publieke actie zich doen gelden, voor zoo verre door de onregtmatige daad tevens de strafwet overtreden is, maar geene burgerlijke actie is ontvankelijk. Daarom wordt

aan de nabestaanden van den verslagene alleen eene actie gegeven, indien zij door hem werden onderhouden, en dus in hem hunnen kostwinner verliezen. Waar dit het geval niet is, bestaat geene schade, dat is geen geldelijk verlies, waarvan de vergoeding bij den burgerlijken regter kan gevorderd worden. Daarom ook moet de vergoeding worden geregeld naar den wederzijdschen stand en fortuin der partijen. De vergoeding moet zoo veel mogelijk evenredig zijn aan de toegebragte schade. De vergoeding moet grooter of geringer zijn, naar mate de verdiensten van den verslagene meer of minder opbragten. Daarom eindelijk moet ook gelet worden op de omstandigheden, of b. v. de verslagene voorzag in het geheele onderhoud van echtgenoot, ouders of kinderen, op den ouderdom van den verslagene, en op den vermoedelijken duur van zijn leven, indien hij den natuurlijken dood gestorven ware enz. Doch in een zeer naauw verband met dit beginsel staat ook de vraag, welke soort van vergoeding door den beleedigden persoon zelf kan worden gevorderd wegens kwetsing of verminking. Of hij namelijk alleen vorderen kan vergoeding voor stoffelijke, materiële schade, of wel voor zoogenaamd zedelijk toegebragt nadeel, als daar is vergoeding voor geleden pijn en smart, bekomen lidteekens of andere ontsiering van het ligchaam. Het eerste schijnt weinig twijfelachtig. De bepalingen toch, die men hier aantreft, zijn niets anders dan de ontwikkeling van den algemeenen regel van art. 1401, en de toepassing daarvan op deze bijzondere gevallen. S c h a d e zal dus hier wel hetzelfde moeten zijn, wat het dáár is; en dáár, in art. 1401, zal toch wel uitsluitend van stoffelijke, wezenlijke schade de rede zijn. Onder s c h a d e wordt dan ook, in het regt, waar niet uitdrukkelijk anders bepaald is, alleen dit verstaan: *in quantum mea interfuit, id est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. L.* 13 *D. rem rat. hab. Lucrum cessans, damnum emergens.* En dat dit ook het beginsel is van onze wet, in het algemeen, blijkt uit art. 1282, waar men deze bepaling van het Romeinsche regt bijna letterlijk heeft overgenomen, zie boven *ad* § 733 (*a*). En dat dit algemeen

---

a) Welk artikel intusschen ik hier alleen *per analogiam* toepasselijk acht. Zie boven mijne noot ad § 802, bl. 570.

beginsel ook geldt voor dit bijzonder onderwerp, blijkt uit art. 1406, waar het met zoo vele woorden op het geval van doodslag letterlijk wordt toegepast. En waarom zou het ook anders zijn in geval van kwetsing of verminking? Dezelfde reden is daarop van toepassing. Even weinig als uwe zielesmart over het verlies van geliefde betrekkingen, even weinig laat zich de smart en de pijn, die gij geleden hebt, even weinig het verlies van een arm of been op zich zelven, of eenige andere verminking of ontsiering van uw ligchaam in geld waardeeren, en in guldens of centen uitrekenen. Of zal men die verpligting tot vergoeding van morele schade halen uit den wederzijdschen stand en de fortuin der personen en de omstandigheden, waarop de regter letten moet bij de waardeering der schade, en de begrooting der vergoeding? Maar vervalt men daardoor niet in het ongerijmde? Bewijst men daardoor niet veel te veel? En moet dan niet de regter op dit alles ook letten in geval van doodslag? En daar toch komt alleen materiële schade te pas; de wet zegt het met zoo vele woorden. En kan, ja moet niet dit alles evenzeer van invloed zijn op de waardeering van stoffelijke schade? Lijdt niet b. v. de handwerksman door het verlies van een hand of arm oneindig grooter geldelijk nadeel dan de rentenier, de advokaat, de kamergeleerde? En zoo zijn honderd voorbeelden denkbaar. Eindelijk, waar de wet die vergoeding wil van morele schade, heeft zij het uitdrukkelijk gezegd; het is in het enkele geval van art. 1408, van hoon en laster. Maar juist dit is eene uitzondering, die is *strictae interpretationis*, eene uitzondering, *quae firmat regulam in casu non excepto.* En het was misschien juist daarom ook, dat de wet zich daar bediende van de geheel exceptionnele uitdrukking, niet van schadevergoeding, maar van BETERING VAN NADEEL, en er tevens bijvoegde, welk moreel nadeel zij bedoelde, dat, namelijk, geleden in eer en goeden naam. Anders echter *Ned. Jaarb.*, VI, 130—149; *Regtsg. Adv.*, II, 99—103.

Ten slotte zij nog opgemerkt, dat de verpligting om de vergoeding te waardeeren naar den stand en de fortuin der wederzijdsche personen, en naar de omstandigheden, gemeen is aan

alle misdrijven tegen de personen, als daar is verkrachting, schaking, willekeurige gevangenneming, enz.

§ **807.** Gelijk wij reeds zoo even zagen, strekt zich de vordering van den beleedigde verder uit dan tot vergoeding der materiele schade, die hij ondervindt. Hij kan ook vorderen vergoeding van morele schade, betering van nadeel geleden in eer en goeden naam. De hoegrootheid der daarvoor toe te kennen geldelijke vergoeding wordt geheel overgelaten aan het *arbitrium judicis.* Geldelijke vergoeding; want aan iets anders kan hier niet gedacht worden *a*). Immers de vragen, of daarvoor hier wel meer reden bestaat dan in andere gevallen, bepaaldelijk in die der artt. 1406 en 1407, hoe men eer en goeden naam door geld zal doen vertegenwoordigen, of daardoor wel ooit de lasteraar zal teruggeven, wat hij u wederregtelijk roofde, dit alles zijn vragen *de jure constituendo*, die, hoe men ze ook beslissen wil, op de voorschriften der geschreven wet van geen invloed zijn kunnen, en deze zijn inderdaad zeer duidelijk. De beleedigde heeft eene vordering èn tot vergoeding van schade, èn tot betering van nadeel in eer en goeden naam geleden. Beiden lossen zich op in geld. Want bij de waardeering daarvan, dat is van beiden, moet de regter letten op het min of meer grove der beleediging, op stand, fortuin en omstandigheden. De beleedigde kan bovendien eischen de regterlijke verklaring, dat de gepleegde daad is lasterlijk, honend of beleedigend. Dit is dus eene derde actie, zoodat men ook niet zeggen kan, dat de vergoeding der morele schade alleen in die verklaring zou moeten gezocht worden. Anders *Themis*, 1841, bl. 273—293.

Ook met betrekking tot den persoon aan wien zij toekomt, strekt zich deze actie verder uit dan die wegens doodslag. Art. 1406 geeft deze laatste alleen aan den overblijvenden echtgenoot, de kinderen en de ouders, die door den arbeid van den gedoode plegen te worden onderhouden. De eerste wordt hier uitgestrekt tot grootouders en kleinkinderen, en dat wel voor beleedigingen

---

a) Zie in gelijken zin een arrest van den hoogen raad van 13 Mei 1881, *W.* nº. 4638.

aan echtgenooten, kinderen enz. aangedaan n a hun overlijden, omdat die beleediging geacht wordt hen zelven in hunne eer en goeden naam werkelijk aan te randen. Daaruit volgt dan ook niet, dat zij de actie niet kunnen hebben ter zake van beleedigingen den overledene aangedaan gedurende zijn leven. Dat regt verzekert hun reeds art. 1415, doch alleen als zij tevens zijn zijne erfgenamen. Dat regt wordt dus door de bepaling van dit artikel niet uitgesloten, maar het behoefde hun hier even weinig gegeven te worden, juist omdat het hun reeds elders verzekerd was; maar hier wordt hun nog gegeven een bijzonder regt, niet als erfgenamen, maar als echtgenoot, kinderen of ouders, dat zonder bijzondere en uitdrukkelijke bepaling niet bestaan zou *a*).

§ **808.** Deze vorderingen kunnen echter alleen worden ingesteld bij den burgerlijken, niet bij den strafregter. Zie *Handl. tot het Wetb. van Strafv.*, 2e druk, *aant. ad* § 158, en de noot aldaar.

§ **809.** 1°. In al deze gevallen bestaat noch laster, noch hoon, die niet denkbaar zijn zonder boos opzet, zonder *animus injuriandi.* Maar hoe is het met het bewijs? Moet de eischer den *animus injuriandi*, of de gedaagde zijne *justa causa* bewijzen? De woorden van het artikel zijn onduidelijk, en de redactie onnaauwkeurig. De bedoeling echter schijnt deze. De actie kan niet worden toegewezen, indien n i e t b l ij k t van oogmerk om te beleedigen. De eischer moet dus het bewijs leveren van dat vereischte zijner actie. Maar hoe? Bedoelingen en oogmerken zijn voor geen regtstreeksch mathematisch bewijs vatbaar. Men kan die alleen opmaken uit de woorden en de omstandigheden. En in den regel moet het er voor gehouden worden, dat beleedigende en lasterlijke woorden ook met een beleedigend oogmerk gebezigd zijn, *dolus in facto*, zoolang door den gedaagde geen tegenbewijs

---

a) De bepalingen van het nieuwe Wetboek van Strafrecht omtrent beleediging, maken eenige veranderingen noodig in de artikelen omtrent de burgerlijke regtsvordering ter zake van laster, hoon of beleediging. Zie daaromtrent art. 12 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93). De aanleiding tot en de strekking van deze veranderingen zijn uiteengezet in de m. v. toel. op artikel 13 van het wetsontwerp houdende wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek (zitting 1882—1883—152, n°. 5).

tegen dat vermoeden geleverd en mitsdien aangetoond wordt, dat hij eene regtmatige oorzaak of aanleiding gehad heeft *a*).

2°. Wanneer dit bewijs geleverd is, bestaat het misdrijf van laster niet, of liever is het niet strafbaar, naar de strafwet, artt. 368, 370 *C. P. b*). De daad der beleediging blijft niettemin op zich zelve, indien zij uit enkele zucht om te beleedigen bedreven wordt, altijd onregtmatig. En zelfs hij, die wegens misdrijf gestraft is, moet daarom niet aan de wraakzucht van elken vijand worden prijs gegeven. De vergoeding bepaalt zich echter in dat geval tot die der werkelijke stoffelijke schade.

TITEL IV.

VAN HET TE NIET GAAN DER VERBINDTENISSEN.

(Artt. 1417—1492. EERSTE GEDEELTE, § 810—858, bl. 207—217.)

Geschriften: ASSER, 492—507; VOORDUIN, V, 101—141; DIEPHUIS, VI, 292—458; OPZOOMER, III, 61—97; DIEPHUIS, *N. B. R.*, II, 188—215; OPZOOMER, *B. W.*, VII; LOKE, 178—183.

Algemeene bepaling.

§ **810**. Verbindtenissen gaan ook nog te niet door onderlinge toestemming. Daarvan wordt hier niet uitdrukkelijk melding gemaakt, omdat die herroeping door onderlinge toestemming eigenlijk eene nieuwe overeenkomst is. Zie boven, *ad* § 787.

10°. Zie beneden, *ad* § 1197.

---

a) Dit laatste betwijfel ik. Bedoelingen en oogmerken mogen in den regel niet voor direct bewijs vatbaar zijn, maar dit sluit de mogelijkheid niet uit ze door indirecte bewijsmiddelen te staven, en tot het leveren daarvan acht ik den eischer allezins verpligt.

b) Terwijl ingevolge art. 370 *C. P.*, het bewijs van de waarheid van het ten laste gelegde feit kan geleverd worden, zoowel door de regterlijke uitspraak waarbij de beleedigde aan dat feit is schuldig verklaard als door eene andere authentieke akte, laat art. 265 van het nieuwe Strafwetboek het bewijs alleen op eerstgemelde wijze toe. Vandaar de verandering die het eerste lid van art. 1418, door het laatste lid van art. 12 der meergemelde wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 98) zal ondergaan.

Betaling.

§ **811.** Over betaling, zie POTHIER, *Tr. des Obl.*, 494—571; TOULLIER, VII, 5—186; DELV., V, 333—380; DURANTON, XIII, 8—100; MARCADÉ, IV, 665—726; DEMOLOMBE, XXVIII, 1—231; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 1611—1814; LAURENT, *Princip.*, XVII, bl. 469—612.

3°. Bij verbindtenissen echter om iets te doen, heeft men gewoonlijk niet alleen de daad, maar ook den persoon van den schuldenaar bij het sluiten der overeenkomst op het oog gehad. Van dáár, dat deze niet door eenen derde kunnen gekweten worden tegen den wil van den schuldeischer, indien deze belang heeft dat de daad door den schuldenaar zelven verrigt worde, art. 1419. — De prestatie der bedongen daad wordt in eenen ruimeren zin ook betaling genoemd: *solvere dicimus eum qui facit, quod facere promisit. L.* 176 *de V. S.*

Mits deze enz. Want, indien hij, meenende schuldenaar te zijn, in zijnen eigen naam betaalde, zou hij het betaalde *condicione indebiti* terugvorderen, en zou zijne betaling dus nietig zijn. Art. 1397.

Of, indien, enz. Want, indien hij gesteld wordt in de plaats van den schuldeischer, treedt hij in al diens regten, art. 1437. Er is alsdan een nieuwe schuldeischer, maar de verbindtenis blijft bestaan. Doch wordt daarentegen hij, die betaalt, niet gesteld in de plaats van den schuldeischer, dan is de oorspronkelijke schuldvordering vernietigd. Wel kan hij van den schuldenaar terugvorderen hetgeen hij voor hem betaald heeft, maar hij kan geene aanspraak maken op de voorregten, hypotheken, enz., waarop de oorspronkelijke schuldeischer regt mogt gehad hebben.

§ **813.** 1°. Werkelijk gebaat. — Het is niet genoeg, dat de schuldeischer voordeel getrokken hebbe uit de betaling. Zij moet gestrekt hebben tot zijn wezenlijk nut, hij moet daardoor gebaat zijn (*in rem versum esse*). Bij voorb. een minderjarige heeft betaling ontvangen, en het betaalde gebezigd tot noodzakelijk herstel van zijn huis of tot bebouwing van zijn land: hij is daardoor gebaat, en de betaling is van waarde. Doch heeft hij het in braspartijen doorgebragt, dan heeft hij wel voordeel

genoten, maar is hij niet gebaat, en de betaling is nietig: *non enim quod magis ad voluptatem pertinet, quam utilitatem, in rem versum esse intelligitur. L.* 3, § 4, 6 *D. de in rem vers.* Art. 1239 *C. N.* zeide alleen: *s'il en a profité.*

§ **814.** *Aliud pro alio, invito creditore, non solvitur. L.* 2, § 1 *D. de reb. cred.* Anders zou men, buiten toestemming van den schuldeischer, in strijd met art. 1374, de overeenkomst veranderen. Om dezelfde reden kan ook de schuldenaar niet genoodzaakt worden eene andere dan de beloofde zaak in betaling te geven.

Noch ook, enz. Hij heeft de geheele zaak, en niet een gedeelte daarvan bedongen. Art. 1244 *C. N.* gaf aan den regter de bevoegdheid om, uit aanmerking van den toestand van den schuldenaar, en mits van dit regt met de meest mogelijke omzigtigheid gebruik makende, den schuldenaar matig uitstel van betaling te verleenen, en de uitvoering zoo lang te schorsen: *statim solvere debet, cum aliquo scilicet temperamento temporis: — non enim cum sacco adire debet. L.* 105 *D. de sol.* Men heeft deze bepaling aanvankelijk bij ons weggelaten, op grond dat men het gevaarlijk oordeelde den regter het vermogen te verleenen, om de onschendbaarheid der overeenkomsten aan te randen, door, buiten toestemming van ééne der partijen, den termijn van betaling te verlengen. Doch toen, bij de laatste herziening, sommige leden der staten-generaal op nieuw op haar herstel aandrongen, antwoordde de regering, dat zij in het Wetb. van Burg. Regtsv. zou geplaatst worden 1), en de staten-generaal berustten. De slotbepaling van art. 1302, die den regter voor een bepaald geval de bevoegdheid geeft tot het verleenen van uitstel, voorziet in de behoefte slechts voor een zeer gering gedeelte. *Regtsg. Bijdr.*, IX, 213. Maar het beginsel om den regter, zoo als men het

---

1) Het is mij echter niet mogen gelukken die bepaling in dat wetboek aan te treffen. Anderen zullen welligt beter slagen in dat onderzoek. En dit is wel te wenschen, als men bedenkt, dat eene schuld zonder tijdsbepaling ieder oogenblik opvorderbaar is, en dat derhalve de schuldeischer het in zijne magt heeft, haar jaren lang te laten rusten, en dan den schuldenaar in een oogenblik van geldelijke ongelegenheid, op het onverwachtst, daarmede te overvallen. — NB. Dit schreef ik in 1837: ik durf thans wel te verzekeren, dat in het Wetboek van Burg. Regtsv. zulk eene bepaling niet voorkomt.

noemde, de bevoegdheid te geven, om de onschendbaarheid der overeenkomsten aan te randen, is daarbij dan toch aangenomen. — Over de surséance van betaling, die aan kooplieden kan verleend worden, zie artt. 909—923 W. v. K.

Al mogt, enz. *a*)

§ **816**. Zie boven, *ad* § 581.

§ **817**. 1°. De schuldenaar kan den schuldeischer niet noodzaken de betaling te ontvangen, noch de schuldeischer den schuldenaar, om haar te doen op eene andere plaats dan die bij de overeenkomst bepaald is, zelfs niet tegen vergoeding der schade, die de wederpartij daardoor lijden mogt. — Anders volgens het Romeinsche regt. Zie § 31 *I. de act.*, *tit. D. de eo qu. cert. loc.;* POTHIER, 238.

2°. Waar de koopprijs, bij gebreke van overeenkomst, moet betaald worden, zie art. 1550, en beneden. *ad* § 886.

3°. De schuldenaar is verpligt te betalen, en deze verpligting brengt mede, dat hij het verschuldigde aan den schuldeischer brengen moet. Art. 1247 *C. N.* bepaalde het tegendeel, en wilde, dat de betaling zou geschieden ter woonplaatse van den schuldenaar.

En anders, enz. De schuldenaar heeft niet kunnen, althans niet behoeven te voorzien, dat de schuldeischer van woonplaats zou veranderen; en deze moet den toestand van den schuldenaar niet kunnen verslimmeren, wanneer hij goed mogt vinden elders te gaan wonen.

§ **818**. Deze bepaling is nieuw, en was misschien beter op hare plaats geweest in den titel van het bewijs, daar waar gehandeld wordt over de bewijskracht hetzij van schriftelijke akten hetzij van vermoedens. De zaak zelve verdient zeker goedkeuring. Het is ten hoogste onwaarschijnlijk, dat iemand de betaling van drie achtereenvolgende termijnen zal aannemen, indien vroeger achterstallige termijnen nog onvoldaan zijn. Het gebeurt daarom

---

a) Omdat ook in dit geval de verbindtenis tusschen den schuldenaar en den schuldeischer moet worden ten uitvoer gebragt, evenals of zij ondeelbaar was, art. 1335.

meermalen, dat de schuldenaar de vroegere kwijtingen verscheurt. Het artikel moet voor het overige niet zoo letterlijk worden opgevat, dat men altijd drie afzonderlijke kwijtingen zou moeten hebben, om dat vermoeden te kunnen inroepen. Het is waar, het artikel spreekt van drie kwijtingen; maar het spreekt ook van de betaling van drie termijnen, en niet van drie afzonderlijke betalingen. En het is juist in die betaling van drie achtereenvolgende termijnen, veel meer dan in het bestaan der drie kwijtingen, dat de kracht van het geheele vermoeden gelegen is *a*).

§ **819**. De toerekening of imputatie van betaling is de aanwijzing, door dengene die meerdere schulden heeft, van de schuld die door de betaling zal worden vernietigd of verminderd. TOULLIER, VII, 173. — Wanneer er slechts ééne schuld is, kan daaromtrent geene moeijelijkheid ontstaan, maar, zoodra er meer zijn, is de eerste vraag: wie heeft het regt om die aanwijzing te doen? En het antwoord is: de schuldenaar, die meester is om van zijn geld zoodanig gebruik te maken als hij wil. *L.* 1. *D. de solut.*

§ **820**. 1°. Omdat men vooronderstellen moet, dat de schuldenaar, indien hij, volgens art. 1432, zijne keuze uitdrukkelijk hadde uitgebragt, het eerst de meest bezwarende, b. v. de bevoorregte, die waarvoor hypotheek bestond, of die, waarvan interessen betaald worden, of tot voldoening van welke hij bij lijfsdwang kan genoodzaakt worden, zou voldaan hebben.

---

a) Mij schijnt het hebben van drie afzonderlijke kwijtingen wel een vereischte, om dat vermoeden te kunnen inroepen. De woorden van het artikel zijn in dit opzigt zoo duidelijk mogelijk, zoodat reeds daarom afwijking daarvan door redenering niet geoorloofd is. Dat het artikel niet spreekt van drie afzonderlijke betalingen, kan hiertegen niet afdoen. Waar reeds vooraf het bestaan van drie kwijtingen gevorderd wordt, vloeit daaruit van zelf de noodzakelijkheid voort, dat ook driemaal betaald is, en behoefde de wet dit dus niet nog eens uitdrukkelijk te verklaren. Voor het vermoeden dat vroeger verschuldigde termijnen voldaan zijn, bestaat dan ook veel meer grond, wanneer driemaal de betaling van eerst later verschuldigde termijnen is aangenomen, dan wanneer slechts éénmaal de betaling van drie zoodanige termijnen is geschied. Ook de regering stelde blijkbaar als grond voor het vermoeden, het bestaan van drie kwijtingen op den voorgrond, VOORDUIN, ad art. 1430, I.

§ **821**. De interessen zijn de vruchten der hoofdsom, en deze kan niet zonder merkelijk nadeel voor den schuldeischer vóór gene voldaan worden. Ware het anders, dan zou de schuldenaar nimmer nalaten de betaling te doen strekken in mindering van de hoofdsom, ten einde eene schuld te vernietigen, die interessen draagt, en die te laten bestaan, voor welke hij geene interessen verschuldigd is.

Subrogatie of indeplaatsstelling.

§ **823**. Subrogatie is dus het stellen van eenen derden persoon, die de schuld voor een ander voldoet, in al de regten van den oorspronkelijken schuldeischer, wien hij betaalt. Zij vernietigt eigenlijk de schuld niet, maar verandert slechts den persoon van den schuldeischer. TOULLIER, VII, 97. Zie ook boven, *ad* § 811, en over subrogatie in het algemeen, DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 1815—2004; LAURENT, *Princip.*, XVIII, bl. 1—172.

§ **824**. 1°. Gelijktijdig. — De subrogatie op denzelfden dag, doch bij eene afzonderlijke akte gedaan, zou dus nietig zijn; want de betaling vernietigt de schuld, en doet alle regten van den schuldeischer ophouden, die geene regten aan een ander kan overdragen, die hij zelf niet meer heeft. De medewerking of de kennis van den schuldenaar wordt hier niet vereischt. Zijn toestand ondergaat geene verandering. Het is voor hem volkomen hetzelfde of hij aan A of aan B betale *a*).

2°. Tot de geldigheid dezer subrogatie wordt vereischt: 1°. dat zij geschiede vóór of gelijktijdig met de betaling, omdat men anders, door aan een nieuwen schuldeischer de regten te geven, die verbonden waren aan eene reeds vernietigde schuld, zijne andere schuldeischers zou kunnen benadeelen; 2°. dat zoowel de

---

a) De hier gegeven reden schijnt mij niet zeer afdoende. Het is zeer wel mogelijk, dat de oorspronkelijke schuldeischer A een goedhartig, de nieuwe schuldeischer B een hardvochtig schuldeischer is, en omgekeerd. In het laatste geval is de verandering van schuldeischer in het belang van den schuldenaar, in het eerste in zijn nadeel. Is er derhalve niet iets onbillijks in gelegen, dat aan den schuldenaar, die door het sluiten eener overeenkomst, zich jegens een bepaald persoon verbonden heeft, tegen zijn wil, een ander schuldeischer kan worden opgedrongen?

akte van geldopneming als de kwijting, door den schuldenaar aan den geldschieter uit te keeren 1), bij authentieke akte verleden worde, ten einde het met zekerheid blijke, dat de subrogatie niet later dan de betaling geschied is; 3°. dat de akte van geldopneming vermelde, dat de som geleend is, om daarmede de betaling te doen; 4°. dat bij de kwijting verklaard worde, dat de betaling gedaan is uit de penningen, tot dat einde door den nieuwen schuldeischer voorgeschoten. Indien de schuldeischer deze verklaring mogt weigeren, kan de schuldenaar hem de gelden geregtelijk doen aanbieden, met sommatie om de vereischte kwijting af te geven. — Tot deze subrogatie is de medewerking van den schuldeischer niet noodig, omdat deze daarbij geen belang heeft, en het hem onverschillig is, of de schuldenaar of de geldschieter hem betaalt.

§ **825.** 2°. Wanneer namelijk de kooper het verbonden goed niet op de wijze van art. 1255 sqq. heeft doen zuiveren, in welk geval hij verpligt is de hypothécaire schuldeischers, die zich aanmelden, te voldoen, of later het goed af te staan. Art. 1242.

3°. B. v. de hoofdelijke mede-schuldenaar, die de geheele schuld betaald heeft (zie boven, *ad* § 755), de borg, enz.

4°. Omdat het gevolg van het voorregt van boedelbeschrijving is, dat de goederen van den erfgenaam niet met die der nalaten-

---

1) »Dat dit de beteekenis is van het woord kwijting, volgt uit de verklaring van art. 1437, door de regering gegeven, te vinden bij Voorduin, 114. Het valt niet te ontkennen, dat men in dat geval beter gedaan had het woord schuldbekentenis te gebruiken; door die acte wordt eigenlijk de schuld geboren; en men kwijt eene schuld eerst bij de voldoening" Aldus meende de Schr. der *Handl* Met zijn gevoelen kan ik mij echter niet vereenigen. Werkelijk legde de Regering de door hem bedoelde verklaring af. Maar de beteekenis die op grond hiervan aan het woord kwijting zou moeten worden gehecht, eene beteekenis die eene der afdeelingen der Kamer trouwens verklaarde niet juist te achten (Voorduin, t. a. p.), is in lijnregten strijd met hetgeen, volgens den in onze bepaling uitgedrukten wil des wetgevers, de bedoelde kwijting moet inhouden, en waarop de Schr. der *Handl.* zelve hierboven sub 4°. wijst. Aan den geldschieter moet de schuldenaar eene schuldbekentenis afgeven, voor het geld dat hij van gene ter leen ontvangt. Eene kwijting daarentegen moet de schuldeischer aan den schuldenaar verstrekken, omdat deze hem zijne vordering voldoet, en alleen in dat stuk kan sprake zijn van eene betaling gedaan uit penningen, die tot dat einde door den nieuwen schuldeischer zijn voorgeschoten.

schap worden vermengd, en omdat hij het regt behoudt, om zijne eigen inschulden tegen de nalatenschap te doen gelden. Art. 1078. Zie boven, *ad* § 627.

Aanbod van gereede betaling, gevolgd van consignatie of bewaargeving.

§ **826.** Het wetboek van 1830, art. 1457, sprak van aanbod van betaling met de daad, woordelijk vertaald van het Fransche *offres réelles.* — Zie over het aanbod: POTHIER, 572—580; TOULLIER, VII, 187—235; DURANTON, XIII, 200—240; MARCADÉ, IV, 721—745; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 2047—2267; LAURENT, *Princip.*, XVIII, bl. 172—238. — Het aanbod van gereede betaling heeft drie gevolgen: 1°. dat de schuldenaar bevrijd wordt van den dag van het aanbod, en niet van den dag der consignatie; het aanbod gevolgd van bewaargeving, zegt art. 1440. Zoodra dus het verschuldigde is in bewaring gegeven, wordt de schuldenaar geacht op den dag van het aanbod te hebben betaald; 2°. dat de schuldenaar niet meer in mora kan gesteld worden, of, zoo hij reeds in mora was, dat deze voor het vervolg ophoudt. Voor het vervolg, want het aanbod kan in het voorledene geene verandering meer maken, en dus ook niet tot gevolg hebben, dat hij nooit in mora geweest is. Hij is dáárom de *moratoire* interessen van art. 1286 tot den dag der bewaargeving verschuldigd, art. 1442 *a*). Om dezelfde redenen belet het aanbod niet, dat de strafbepalingen bij de overeenkomst op het verzuim gesteld plaats grijpen. B. v. wanneer bepaald is, dat het huur-contract zal zijn vernietigd, als de huurder in ver-

---

a) Ware het juist dat, ingevolge het tweede lid van art. 1440, reeds het aanbod, mits gevolgd door bewaargeving, al de aldaar vermelde gevolgen had, dan ware tegenstrijdigheid niet te miskennen tusschen deze bepaling en het voorschrift van art. 1442, 2°, hetwelk medebrengt dat de schuldenaar interessen verschuldigd is tot den dag der bewaarstelling. Neemt men echter aan dat de hier bedoelde gevolgen eerst door de op het aanbod gevolgde consignatie en op den dag waarop deze laatste plaats heeft, ontstaan, — en dat deze opvatting de juiste is wordt m. i. teregt betoogd door DIEPHUIS, t. a p., n°. 888, — dan is de bepaling van art. 1442, 2°, omtrent de in bewaringstelling van de interessen, daarvan het noodzakelijke gevolg.

zuim is om de huur te betalen, kan deze het contract niet weder doen herleven door een aanbod, indien dit vroeger door eene wettige in-mora-stelling is verbroken; zie voorts hierover TOULLIER, VII, 220—224; 3°. dat de loop der *moratoire* interessen voor het vervolg gestuit wordt, zie meer hierover beneden, op de volgende §§. De wet bepaalt geenen tijd, binnen welken de consignatie het aanbod moet volgen; de schuldenaar kan die dus altijd doen, zoo lang er geene regterlijke beslissing is tusschen beiden gekomen, waarbij zijn aanbod van onwaarde wordt verklaard.

Aanbod van gereede betaling *a*).

De mede-schuldenaren en borgen. Deze blijven bevrijd, al wordt het aanbod, dat binnen één jaar na de beteekening der consignatie niet is tegengesproken, later van onwaarde verklaard, omdat de schuldeischer ten hunnen aanzien door een zoo lang tijdsverloop geacht wordt in het aanbod te hebben toegestemd.

§ **827.** 2°. Want, door de betaling te ontvangen van iemand, die daartoe niet bevoegd is, zou de schuldeischer zich blootstellen aan eene actie tot terugvordering.

3°. Interessen. Tot wanneer is de schuldenaar de interessen verschuldigd, tot den dag van het aanbod of tot dien der bewaargeving? — Veel is over deze vraag getwist, zoowel door de schrijvers over het Romeinsche als door die over het Fransche regt. Zie b. v. VOET, *ad tit. D. de usur.*, 17; NOODT, *de foen. et usur.*, III, 15; TOULLIER, VII, 225—230; DURANTON, XIII, 223, enz. — Onze wetgever heeft de vraag onbeslist gelaten. Art. 1440 zegt, dat de schuldenaar door het aanbod bevrijd wordt, en art. 1442 wil, dat de interessen geconsigneerd worden tot den dag der bewaarstelling toe. Dit is voor het minst eene schijnbare tegenstrijdigheid tusschen deze beide

---

a) Alleen het aanbod, gevolgd van consignatie of bewaargeving, doet de verbindtenis te niet gaan. Dat gevolg heeft niet het zoogenaamd judicieel aanbod, waarbij iemand in regten tot betaling aangesproken, deze eenvoudig aanbiedt en vordert dat hij zal geacht worden met dit aanbod, immers met de praestatie daarvan, te kunnen volstaan. Aldus besliste de hooge raad bij arrest van 29 Febr. 1884, *W.* n°. 5013.

artikelen, omdat het vreemd klinkt, dat de schuldenaar nog interessen moet betalen, nadat hij reeds bevrijd is *a*). De stellige en duidelijke bepaling van art. 1442 intusschen schijnt geene andere uitlegging te dulden, dan deze: de interessen moeten betaald worden tot den dag der consignatie. Men kan toch moeijelijk aannemen, dat er interessen zouden moeten geconsigneerd, dat is ter beschikking van den schuldeischer gesteld worden, die deze geen regt zou hebben te ontvangen. En er is misschien voor deze bepaling eene zeer goede reden te geven. Door het aanbod toont de schuldenaar wel eenigermate zijnen wil om te betalen, maar de consignatie bewijst eerst, dat het hem met dien wil ernst geweest is. Voor deze laatste is geen tijd bepaald. Hij kan die doen wanneer hij wil. En nu zal altijd één van beiden gebeuren: 1°. òf hij zal consigneren onmiddellijk na zijn aanbod, zoo als hij dit in zijne magt heeft, en zoo als hij ook behoort te doen, en in dat geval lijdt hij geene schade, omdat het dan op hetzelfde nederkomt of men zegt, dat hij interessen betaalt tot het aanbod, of tot de consignatie. Er blijft dan ten hoogste een strijd van woorden, maar niet van zaken; 2°. òf hij zal de consignatie uitstellen, in welk geval hij verkeerd doet Dan moet men vooronderstellen, dat hij geenen ernstigen wil heeft gehad om te betalen, maar dat hij het aanbod alleen gedaan heeft om de betaling der interessen te ontduiken. Zoodanige bedriegerijen mag en moet de wet te keer gaan. Daarom heeft zij welligt gewild, dat zij den schuldenaar niet zullen baten, die het zich-zelven te wijten heeft, dat hij zijnen pligt slechts ten halve volbragt heeft. Bij dit alles komt eindelijk nog de bepaling van art. 1803, volgens welke, in het meest gewone geval althans, dat van verbruikleening, de bedongen interessen verschuldigd zijn tot den dag niet van het aanbod, maar van de consignatie. — Dit belet echter niet, dat de consignatie, zoo hij die later doet, hem sedert den dag van het aanbod bevrijdt; dat hij van dien dag af niet meer in mora kan gesteld worden, en dat alle andere gevolgen der

---

a) Zie hieromtrent mijne aanteekening op § 826, bl. 587.

mora van dien tijd af niet meer hebben kunnen ontstaan. Zoo ook *Regtsg. Adv.*, III, 108—110, en SCHULLER, a. h. a.

7°. Door eenen notaris of door eenen deurwaarder. — Art. 1258 *C. N.* sprak van *officiers ministériels, ayant caractère pour ces sortes d'actes.* Onder *officiers ministériels* verstond men gewoonlijk procureurs, griffiers en deurwaarders. De bijgevoegde woorden echter, *ayant caractère,* enz., hadden de bevoegdheid alleen beperkt tot deurwaarders, doch ten hoogste twijfelachtig bleef het, of men die ook aan notarissen kon toestaan. Zie b. v. TOULLIER, VII, 199, 201; MARCADÉ, IV, 734. Ons artikel heeft deze vraag toestemmend beslist.

Met twee getuigen. Art. 1258 *C. N.* vorderde de tegenwoordigheid van getuigen niet, en er bestaat misschien voor dien nieuwen omslag ook geene afdoende reden. TOULLIER, VII, 200.

§ **829.** Niet echter de kosten van betaling, die, volgens art. 1431, voor rekening van den schuldenaar komen. De reden van het onderscheid is duidelijk. De betaling is eene verpligting van den schuldenaar, en bovendien in zijn belang, omdat hij daardoor bevrijd wordt. Aanbod en consignatie, wettig geschied, zijn het gevolg van de onregtmatige weigering van den schuldeischer, om de betaling in der minne te ontvangen *a*).

§ **830.** Zoo lang, enz. En in dat geval zijn zelfs zijne mede-schuldenaren en borgen niet bevrijd, art. 1444. Zij kunnen zich hierover niet beklagen. Zij zouden evenmin bevrijd geweest zijn, indien de mede- of hoofd-schuldenaar de betaling niet had aangeboden, zooals hij daartoe het regt had. Maar anders is het, als het aanbod bij een vonnis, dat in kracht van gewijsde gegaan is, goed en van waarde is verklaard. Door dit vonnis is de schuld vernietigd, en zijn dus de mede-schuldenaren en borgen ontslagen. De schuldenaar kan zeker met toestemming van den schuldeischer het in bewaring gebragte terugnemen, maar hij kan dit niet ten nadeele der mede-schuldenaren en borgen, art. 1445. Deze zijn en blijven wettig ontslagen.

---

a) Zij zijn daarvan meestal, maar niet altijd het gevolg. Zie OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art. 1443.

§ **831.** Kan niet meer, enz. Een ander gevolg der geheele vernietiging van de schuld door het vonnis. Stemt de schuldeischer er in toe, dat de schuldenaar zijn geld terugneme, dan ontstaat er eene nieuwe geldleening, eene nieuwe verbindtenis van den schuldenaar, maar de oude en vernietigde herleeft niet.

Schuldvernieuwing.

§ **832.** Over schuldvernieuwing (*novatie*), zie POTHIER, 581—601; TOULLIER, VII, 270—319; DELV., V, 380—390; DURANTON, XIII, 273—335; MARCADÉ, IV, 747—785; DEMOLOMBE, XXVIII, 231—367; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 2358—2544; LAURENT, *Princip.*, XVIII, bl. 260—358, en meer in het bijzonder over het tegenwoordig regt, *Ned. Jaarb.*, I, 253—274 *a*). — Schuldvernieuwing is de vernietiging eener schuld door eene nieuwe schuld, die daarvoor in de plaats gesteld wordt: *prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ta nova constituatur, ut prior perimatur. L. 1 Pr. D. de novat.* Zie ook POTHIER, 581; DE GROOT, *Inl.*, III, 43, I. Het woord zelf geeft dit te kennen: vernieuwing van schuld, *novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione*, zegt ULPIANUS, in de aang. wet. Schuldvernieuwing is dus eene overeenkomst, waarbij men op twee verbindtenissen te letten heeft, op de oude, die vernietigd, en op de nieuwe die daarvoor in de plaats gesteld wordt, beiden voorwaardelijk, waarvan de ééne altijd de voorwaarde is van de andere. De oude verbindtenis wordt vernietigd, op voorwaarde dat de nieuwe van kracht zal zijn. Is deze laatste dus nietig, dan blijft de oude bestaan, omdat de voorwaarde ontbreekt, waaronder zij zou zijn ontbonden. De nieuwe verbindtenis wordt aangegaan op voorwaarde, dat eene

---

a) Een hoogst belangrijk opstel van Mr. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO over *novatie*, is opgenomen in *Themis*, 1881, bl 517 vlg. De schuldvernieuwing naar ons burgerlijk regt wordt behandeld op bl. 540—560. Volgens Schr. heeft de tegenwoordige novatie met die van het Romeinsche regt niet veel meer dan den naam gemeen, en is zij veeleer te beschouwen als de verruiling van de eene schuld voor de andere.

oude vernietigd zal worden. Bestaat er dus geene oude verbindtenis, of is zij nietig, zoodat zij niet vernietigd kan worden, dan vervalt ook de nieuwe, *propter defectum conditionis.*

1°. B. v. wanneer de schuldenaar van eene boekschuld tot het beloop daarvan wissels accepteert. De boekschuld wordt daardoor gekweten en gaat dus te niet; en in de plaats daarvan treedt eene nieuwe actie uit de wissel-verbindtenis, hetzij die van art. 119, hetzij die van art. 148 W. v. Kooph. Het accoord daarentegen heeft geene schuldvernieuwing ten gevolge. De oude schuld blijft daarna in wezen, en wordt slechts door de bepalingen van het accoord gewijzigd, zoodat b. v. de borgen van den gefailleerde daardoor niet worden ontslagen. Vg. *Themis*, 1849, bl. 487—501 *a*).

2°. Zelfs zonder zijne medewerking. Wel is waar, de overeenkomsten kunnen aan derden geen voordeel aanbrengen, (art. 1376), maar de schuldvernieuwing staat gelijk met betaling, die door ieder, zelfs in zijn eigen naam, voor den schuldenaar geschieden kan, art. 1418. Zie boven, *ad* § 811: *liberat me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. L.* 8. § 5 *D. de novat.*

§ **833.** Schuldvernieuwing is eene overeenkomst, waarbij eene oude schuld vernietigd, en eene nieuwe daarvoor in de plaats gesteld wordt. Een noodzakelijk gevolg hiervan is, dat men om daartoe bevoegd te zijn, de bekwaamheid moet hebben om zich te verbinden.

§ **834.** Ook dit is een gevolg van hetzelfde beginsel: geene overeenkomst wordt verondersteld, iedere overeenkomst moet bewezen zijn. Volgens het Romeinsche regt moest de wil om de oude verbindtenis te vernietigen, en om eene nieuwe aan te gaan, in de akte zijn uitgedrukt, *L.* 8 *C. de novat.* Bij ons is dit niet meer noodig. Genoeg is het, als de wil duidelijk uit de akte blijkt. En dit heeft onder anderen plaats, zoo

---

a) Bij arrest van 23 Mei 1884, *W.* n°. 5044, beslistte de hooge raad, dat het geregtelijk accoord alleen tusschen den schuldeischer en den gefailleerden schuldenaar schuldvernieuwing teweeg brengt, zoodat eerstgenoemde zijn verhaal tegen den borg behoudt voor het restant zijner vordering. Zie ook *Regtsgel. Adv.*, VIII, 89—95, en Kist, *Begins. van Handelsregt*, VI, 166—170.

dikwijls de nieuwe verbindtenis met de oude onbestaanbaar is. B. v. wanneer ik u eene zekere geldsom ter leen gegeven heb, en wanneer wij later overeenkomen, dat gij diezelfde som als eene bewaargeving behouden zult. Het is duidelijk, dat wij de eerste verbindtenis hebben willen vernietigen, omdat gij dezelfde som niet te gelijk als leener en als bewaarnemer kunt bezitten. Zie meer hierover TOULLIER, VII, 276—279. Moet uit art. 1451 volgen, dat de schuldvernieuwing alleen bij schriftelijke akte kan worden aangegaan? Neen. Schuldvernieuwing is eene overeenkomst, en waar de. wet daarvoor hetzij *solemnitatis* hetzij *probationis causa* eene schriftelijke akte vordert, is zij gewoon dat uitdrukkelijk te zeggen. Dit nu geschiedt hier niet, en een zoo exceptioneel vereischte kan niet worden aangenomen, alleen op grond van het hier ter loops en misschien ondoordacht gebruikte woord acte, dat letterlijk is nageschreven uit art. 1273 *C. N.*, waarin het echter kon opgevat worden in de ruimere beteekenis van handeling. Die zin moet er ook hier aan gehecht worden. Art. 1189 Wetb. Lod. Nap. zeide meer nauwkeurig: »dat de uitdrukkelijk verklaarde wil tot novatie noodig was." De tegenwoordige redactie moge minder juist zijn, maar de bedoeling is zeker geene andere. Zoo is het ook begrepen bij een arrest van den hoogen raad van 2 Januarij 1874, *Weekbl.*, n°. 3675. Zie meer *Opm. en Meded.*, VI, 214—222.

Aanwijzing. Deze aanwijzing noemt men delegatie of overzetting. Anderen hadden voor overzetting liever afstand gehad. Men heeft het eerste behouden, op grond, dat dit het woord was door DE GROOT en andere schrijvers gebezigd. Zie DE GROOT, *Inl.*, III, 44. — Delegatie heeft plaats, wanneer de schuldenaar eenen anderen persoon aanwijst om voor hem te betalen, of de schuldeischer, om voor hem te ontvangen: *delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. L. 11 Pr. D. de novat.* — Daardoor wordt de oude verbindtenis niet opgeheven. De voorregten en hypotheken daaraan verbonden, blijven bestaan, en de schuldeischer behoudt zijn verhaal tegen zijnen oorspronkelijken schuldenaar, wanneer de gedelegeerde in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is ge-

raakt *a*). Doch zoo de schuldeischer bij die delegatie uitdrukkelijk verklaard heeft zijnen schuldenaar van zijne verpligtingen te willen ontslaan, dan heeft er eene nieuwe overeenkomst, en dus schuldvernieuwing, plaats, die de oude verbindtenis doet vervallen. In dat geval heeft de schuldeischer alleen eene actie tegen den gedelegeerde, tenzij hij het tegendeel hebbe bedongen, of deze reeds op het oogenblik der overzetting openlijk bankbreukig mogt wezen, of in verval van zaken geraakt, artt. 1453, 1454 *b*). — Wanneer de delegatie bestaat in de aanwijzing van eenen anderen schuldeischer, die voor den oorspronkelijken schuldeischer ontvangen zal, heeft er evenmin schuldvernieuwing plaats. De gesubstitueerde schuldeischer kan uit eene overeenkomst, waarin hij geene partij geweest is, geen voordeel trekken, art. 1376. De schuldeischer kan zelfs de gedane delegatie ieder oogenblik terugroepen. Deze bevoegdheid houdt echter op, wanneer de gesubstitueerde verklaard heeft van de delegatie te willen gebruik maken, art. 1353. Doch, indien de oude schuldeischer zijnen schuldenaar bij de delegatie van zijne verpligtingen ontslagen heeft, dan heeft ook hier eene nieuwe overeenkomst, eene schuldvernieuwing, plaats, met al de gevolgen van dien *c*). Onder die gevolgen behoort, dat de schuldenaar aan den nieuwen schuldeischer niet kan tegenwerpen de exceptiën, die hij tegen den eersten zou hebben kunnen doen gelden, al ware het dat deze hem bij het

---

a) Niet alleen in de hier genoemde gevallen, maar zoo dikwijls hij op den nieuwen schuldenaar de vordering niet of niet volledig kan verhalen.

b) De woorden „openlijk bankbreukig mogt wezen, of in verval van zaken geraakt" zijn opgenomen in de officiële uitgave van het wetboek. Zij kwamen ook voor in art. 1471 van het wetboek van 1830. Bij art. 16 der wet van 15 Junij 1838 (*Stbl.* n°. 35) werden zij vervangen door „in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen geraakt", doch men vergat die wijziging in de officiele opgave op te nemen. Teregt meent Opzoomer, *B. W.*, t. a. p., bl. 150, dat aan de wetsbepaling van 1833, niet aan de onjuiste redactie in de officiële uitgave, regtskracht moet worden toegekend.

c) Daartoe wordt intusschen, gelijk uit het slot dezer § volgt, niet alleen de medewerking van den schuldenaar vereischt, maar ook die van den nieuwen schuldeischer. De oude schuldeischer moet zijnen schuldenaar van diens verpligtingen ontslaan, laatstgenoemde moet er in toestemmen zich tegenover den nieuwen schuldeischer te verbinden, en deze moet die verbindtenis aannemen. Eerst door het gelijktijdig zamenwerken van die drie personen, kan de novatie tot stand komen.

aangaan der nieuwe verbindtenis niet zijn bekend geweest, behoudens echter, in het laatste geval, zijn verhaal op den oorspronkelijken schuldeischer, art. 1455; *l.* 19 *D. de novat.* De reden hiervan is, omdat de oude schuld is vernietigd, en de schuldenaar, door zich deugdelijk aan den nieuwen schuldeischer te verbinden, de wettigheid der schuld erkend heeft. Hetzelfde, ofschoon in den *C. N.* niet uitgedrukt, wordt echter ook geleerd door TOULLIER, VII, 291.

§ **835**. Omdat, zoo als wij meermalen gezien hebben, de oude schuld geheel vernietigd wordt, en er eene nieuwe voor in de plaats komt *a*).

§ **836**. Door schuldvernieuwing gaat de geheele schuld, en daarmede ook iedere verpligting van mede-schuldenaren en borgen te niet. De schuldeischer heeft echter het regt als voorwaarde der schuldvernieuwing te stellen, dat mede-schuldenaren en borgen zich ook voor de nieuwe schuld zullen verbinden; en wanneer deze dit weigeren, dan wordt de nieuwe overeenkomst geacht niet te zijn aangegaan, en de oude schuld blijft bestaan. Dat is kennelijk de zin en de bedoeling van het artikel, dat is overgenomen uit art. 1281 *C. N.*, en het kan dan ook niet anders zijn dan eene drukfout, indien het derde lid van dit artikel, even als art. 1477 Wetb. 1830, en art. 44 der wet van 1 Maart 1828, *Stbl.* n°. 17, dat onveranderd is gebleven bij de wet van 15 Junij 1833, *Stbl.* n°. 35, waaruit het is overgenomen, spreekt van schuldenaar, en niet, gelijk in art. 1281 *C. N.*, van *créancier*. Zie *Themis*, 1840, bl. 373, en SCHÜLLER a. h. a.

Anders echter VERNEDE *eod.*

Compensatie of vergelijking.

§ **837**. Vergelijking is mede het oude woord, door DE GROOT, *Inl.*, III, 40, voor compensatie gebruikt, zoo als het dan ook volkomen hetzelfde beteekent. Compensatie toch

---

a) Zie ten betooge dat het bij art. 1457 bedoelde voorbehoud omtrent de hypotheken verbonden aan de oude schuldvordering, van toepassing is op de drie in art. 1449 omschreven soorten van schuldvernieuwing, en dat daartoe niet wordt vereischt eene nieuwe inschrijving van de voorbehouden hypotheek. — Mr. R. K. W. Y. DIERT, in *Themis*, 1883, bl. 491—496.

38*

is de daad van twee dingen tegen elkander in de schaal te leggen, ten einde te onderzoeken, in hoeverre zij met elkander overeenkomen of verschillen, met één woord dus te vergelijken. Zie over compensatie — POTHIER, 623—640; TOULLIER, VII, 342—420; DELV., V, 397—411; DURANTON, XIII, 380—466; MARCADÉ, IV, 815—852; DEMOLOMBE, XXVIII, 476—482; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 2612—2786; LAURENT, *Princip.*, d XVIII, bl. 403—498. Vergelijking is de wederkeerige toerekening van hetgeen twee personen over en weder aan elkander verschuldigd zijn: *debiti et crediti inter se contributio. L.* 1 *D. de comp.;* of, zoo als DE GROOT, *Inl.*, III, 40, 6, zegt: tegenstelling van inschuld jegens uytschuld, tusschen dezelve luyden uytstaende, tot gelijke waerde toe. Zij is voor beide partijen even voordeelig, omdat het beter is zich-zelven door terughouding van hetgeen men verschuldigd is te betalen, dan eerst te betalen, en daarna de betaalde som terug te vorderen: *interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere. L.* 3 *D. de comp.* Daarom heeft zij van regtswege, ook zonder weten der partijen, plaats. De wet vooronderstelt, dat zij, zoo zij het geweten hadden, de beide schulden zouden hebben vergeleken en vernietigd. Een regtstreeksch gevolg hiervan is, dat door het faillissement van één der schuldenaren, diens gecompenseerde schuldvordering niet weder kan herleven ten behoeve van de massa. Beide schuldvorderingen zijn door de compensatie van regtswege te niet gegaan, en bestaan alzoo niet meer. De gefailleerde had alzoo ten tijde van het faillissement geene vordering meer, en hij heeft die derhalve niet aan de massa kunnen overdragen. Men kan echter die leer niet uitstrekken tot het geval dat de gefailleerde voor zijne schuld een termijn heeft, die ten dage van het faillissement nog niet is verstreken. Immers in dat geval heeft men tegen den gefailleerde nimmer eene opeischbare voor vergelijking vatbare schuldvordering gehad, en men kan derhalve ook in de massa zich op geene vergelijking beroepen. Zie meer *Themis*, 1840, bl. 690—701, *Regtsg. Adv.*, V, 207—211. Zie ook MARCADÉ, IV, 827. Anders echter *Themis*, *eod.* bl.

30—46. Verg. ook *Handl. tot het Wetb. van Kooph. Aant. ad* § 565, n°. 7 *a*).

Van regtswege, en zelfs buiten hun weten *b*).

Ten beloope van haar wederkeerig bedrag *c*).

Verbruikbare zaken. — Maar het moet altijd eene zekere hoeveelheid in het algemeen zijn, zonder eenige nadere bepaling van welke zaken. Bij voorb.: zes mudden koorn, die gij mij schuldig zijt, kan ik in vergelijking brengen tegen tien mudden koorn, die ik u schuldig ben. Maar als ik u geven moet de rogge, die ik op mijnen zolder heb, en als gij mij later eenige mudden rogge schuldig wordt, kan ik u geene vergelijking tegenwerpen, omdat ik verpligt ben u juist die rogge te geven, die zich op mijnen zolder bevindt, en ik u niet noodzaken kan daarvoor andere in betaling te nemen.

Van dezelfde soort. Vergelijking treedt in de plaats van betaling, en geen schuldeischer kan genoodzaakt worden eene andere zaak dan de verschuldigde te ontvangen, art. 1425. Deze regel lijdt echter ééne uitzondering, deze namelijk, dat de leveringen van granen en levensmiddelen, die niet betwist worden,

---

a) Tot dezelfde beslissing komen, wat dit laatste betreft, zij het ook op andere gronden, GOUDSMIT, *Pand.*, II, 202, noot 5, en OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., 198 en 199.

b) Over de beteekenis dezer woorden wordt zeer verschillend gedacht. Bepaaldelijk wordt daaruit afgeleid, dat het gelijktijdig bestaan der wederzijdsche vorderingen, zonder dat de gedaagde er zich op beroept, zijne schuld zou opheffen. Liever vereenig ik mij met de zienswijze van OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art., volgens wien de beteekenis der aangehaalde woorden is, dat wanneer de gedaagde zich op de compensatie beroept, alsdan de beide schulden uit krachte der wet vernietigd worden, zoodat de vernietiging alsdan terugwerkt tot op het oogenblik dat zij tegelijk bestonden, ook al heeft de gedaagde eerst na dat tijdstip kennis bekomen van zijne tegenvordering. Een practisch gevolg daarvan is, dat, wanneer ik ter zake van mijne schuld renten moet betalen en mijne inschuld niet rentedragend is, de renten alsdan slechts verschuldigd zijn tot op het oogenblik waarop mijne tegenvordering is geboren, ook al heb ik van het bestaan daarvan eerst later kennis bekomen. Beroept daarentegen de gedaagde zich niet op zijne tegenvordering, dan moet de eisch, zoo zij overigens gegrond is, worden toegewezen en behoudt de gedaagde het regt later zijne inschuld op te vorderen.

c) Veel beter wordt dit uitgedrukt in art. 1290 C. C.: "jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives", d. i., gelijk DE GROOT, *Inl.*, III, 40 § 6 zegt: "tot gelijke waarde toe".

en waarvan de waarde bij prijscouranten bepaald is, in vergelijking kunnen gebragt worden tegen vereffende en opeischbare geldsommen. Art. 1463.

Voor eene dadelijke vereffening en opeisching vatbaar. — Beide schulden moeten dus vereffend (*liquide*) zijn; dat is, het moet zeker zijn, dat en hoeveel er verschuldigd is *a*). Eene betwiste schuld kan dus niet in vergelijking gebragt worden, tenzij de regter oordeele, dat zij genoegzaam bewezen zij. POTHIER, 328.

Opeisching. *L. 7 Pr. D. de comp.* Vergelijking is betaling, en de schuldenaar kan tot geene betaling worden gedwongen, zoo lang zijne schuld niet opeischbaar is. — Eene schuld derhalve, waaraan eene tijdsbepaling verbonden, of die van eene opschortende voorwaarde afhankelijk is, kan niet in vergelijking gebragt worden, vóór dat de tijd gekomen of de voorwaarde vervuld is.

§ **838.** B. v. in het geval van het laatste lid van art. 1302. Het bekomen uitstel belet niet, dat de zaak wezenlijk verschuldigd en opeischbaar is.

§ **839.** 2°. In bruikleen worden gewoonlijk alleen onverbruikbare zaken gegeven, die uit haren aard voor geene vergelijking vatbaar zijn, art. 1463. Op deze zaken kan art. 1465 niet zien, omdat, wanneer deze teruggeeischt worden, ook zonder dat artikel er geene vergelijking zou kunnen tegengeworpen worden. Het is echter niet verboden, en het kan gebeuren, dat verbruikbare zaken, en zelfs eene geldsom, in bruikleen gegeven worden. *L.* 3, § 6 *D. de comp.* — Op die gevallen schijnt dus art. 1465 te doelen, TOULLIER, VII, 383; en niet, zoo als DELV., V, 403, 404, leert, op het geval, dat de geheele zaak is verloren gegaan, en de waarde daarvan teruggevorderd wordt; dan toch wordt niet

---

a) Voldoende is volgens art 1463, dat zij voor eene dadelijke vereffening vatbaar zijn, ook al heeft de vereffening nog niet plaats gehad. OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p. bl. 194 drukt dit aldus uit: „het is niet noodig, dat de tegenvordering onbetwist, door den oorspronkelijken eischer erkend zij; het is voldoende, als zij in haar bestaan en bedrag duidelijk genoeg is, om 's rechters door den oorspronkelijken eischer ingeroepen beslissing niet op de lange baan te schuiven". De beoordeeling hiervan moet natuurlijk in ieder bijzonder geval aan den regter worden overgelaten. Zie ook GOUDSMIT, *Pand.*, d. II, bl. 200, noot 5.

de teruggave van iets, hetwelk ter bruikleen gegeven is, maar eene geldsom gevraagd, die als iedere andere geldsom voor vergelijking vatbaar is, en in den algemeenen regel van art. 1463 valt.

3°. Omdat de schuldenaar van dat onderhoud van geenen beteren toestand moet zijn dan de overige schuldeischers van hem aan wien het verschuldigd is, die daarop geen beslag kunnen leggen.

§ **840**. Noch ook de hoofdelijke schuldenaar. — Hetzelfde leert PAPINIANUS in L. 10, *D. de duob. reis.* POTHIER, 274, legt deze wet zóó uit, dat de hoofdelijke medeschuldenaar, dien men voor de geheele schuld kan aanspreken, alleen in vergelijking kan brengen hetgeen de schuldeischer aan éénen der mede-schuldenaren schuldig is, voor het aandeel van dien schuldenaar. Op dezelfde wijze wil TOULLIER, VII, 377, art. 1294 *C. N.*, waaruit het onze letterlijk is overgenomen, verstaan hebben; doch op gronden, die hij alleen aan de billijkheid en aan het *jus constituendum* ontleent. Doch wat er ook voor dat gevoelen *in jure constituendo* te zeggen moge zijn, *in jure constituto*, en zoo als onze wet geschreven is, kan men het bezwaarlijk aannemen: een hoofdelijke schuldenaar mag niet in vergelijking brengen hetgeen door den schuldeischer aan zijnen mede-schuldenaar verschuldigd is. Het artikel spreekt algemeen, zonder beperking, het spreekt van de geheele schuld, en van geene aandeelen. Dit stemt bovendien geheel overeen met de algemeene bepalingen over hoofdelijke schuldenaren. Ieder hunner is schuldenaar voor het geheel, zegt art. 1316. Hij kan zich niet bedienen van zoodanige exceptiën, die enkel aan de personen van sommigen der overige mede-schuldenaren eigen zijn, voegt art. 1323 er bij. Ziedaar derhalve de *ratio legis* van art. 1466.

§ **841**. Bij voorb.: ik ben u *f* 1000 schuldig, betaalbaar te Amsterdam, waar gij mij voor die schuld in regten aanspreekt. Ik werp u eene gelijke vordering van *f* 1000 tegen, die ik tegen u heb, doch die te 's Hage betaalbaar is. Wel kan ik die inschuld in vergelijking brengen, omdat zij de uwe vernietigt: maar het is billijk, dat ik u de kosten van overmaking vergoede,

omdat gij regtens niet kunt genoodzaakt worden uwe betaling te ontvangen op eene andere plaats, dan die de overeenkomst of de wet daartoe aanwijst.

§ **843**. Want door de vergelijking is die inschuld van regtswege vernietigd (art. 1462), en bij gevolg ook al hare *accessoria: quum principalis causa non subsistit, ne ea quidem quae sequuntur locum habent. L.* 129, § 1, *de R. J.* Heb ik mijne schuld betaald, en geen gebruik gemaakt van het regt, dat mij die vergelijking gaf, dan heb ik mij zelven dit te wijten. Derden moeten hierdoor geen nadeel lijden *a*).

Schuldvermenging.

§ **844**. Over schuldvermenging (*confusio*) zie POTHIER, 641—648; TOULLIER, VII, 411—441; DELV., V, 411—416; DURANTON, XIII, 467—487; MARCADÉ, IV, 853—861; DEMOLOMBE, XXVIII, 694—754; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 2787—2821. LAURENT, *Princip.*, d. XVIII, bl. 498—548. Vermenging *in genere* is de vereeniging van twee hoedanigheden, waarvan de ééne de andere vernietigt; schuldvermenging *in specie* de vereeniging van de hoedanigheid van schuldenaar en schuldeischer in denzelfden persoon, *quoniam nemo sui ipsius debitor vel creditor esse potest.* HEINECC., *recitt. ad Instt.*, § 1006. — Het meest gewone geval, waarin schuldvermenging plaats heeft, is, wanneer de schuldenaar erfgenaam wordt van den schuldeischer, of omgekeerd. *L.* 75, *l.* 95, § 2, *D. de solut.*, *l.* 7 *C. de pact.* Zij heeft echter geene plaats, indien de erfenis onder het voorregt van boedelbeschrijving aanvaard wordt, art. 1078. Het gevolg der schuldvermenging is, dat de schuldvordering van regtswege vernietigd wordt *b*). Min-

---

a) Het laatste acht ik juist, het eerste niet; zie boven § 837, noot *b*, bl. 597. Heb ik mij niet op de compensatie beroepen, dan blijft mijne vordering bestaan en zouden dus naar streng regt, ook de daaraan verbonden voorregten en hypotheken in stand moeten blijven. Door het feit dat ik van mijn regt op compensatie geen gebruik heb gemaakt, mogen echter derden niet lijden. Daarom mag ik ten hunnen nadeele, mij op die voorregten en hypotheken niet meer beroepen. Alleen dan is mij niets te wijten, als ik buiten mijne schuld onkundig was van mijne tegenvordering. Van daar de slotbepaling van art. 1471.

b) Zie hierover Mr. S. SUTRO in *Themis* 1884, bl. 503—510.

der juist stond in art. 1300 *C. N.*: *les deux créances.* Dit is het geval bij vergelijking; doch bij schuldvermenging bestaat altijd slechts éénе schuldvordering, zoo als ons art. 1472 te regt zegt.

Kwijtschelding van schuld.

§ **846.** Over kwijtschelding, zie POTHIER, 606—622; TOULLIER,
III, 336—
III, 368—
LAURENT,
; komt in
DELV., V,
wel dege-
aarvan dan
ergifte na-
tschelding,
l is echter
1474 lijdt
even. Dit
pand heeft
niet eens
tot zeker-
zeer goed
nogtans de

en regten
nkele toe-

et eerste bij
rste als in
t de daden
1474. Als
bewijs, van
uggave van
e wetgever
art. 1283 C. N. niet heeft overgenomen, blijkt uit VOORDUIN, V, ad art. 1475.

stemming, zijn enkele wil daartoe genoeg? — Neen, eene bloote belofte, zoo lang zij niet is aangenomen, heeft in regten geen gevolg. Maar bovendien, kwijtschelding is eene soort van schenking. En geene schenking is voldongen, zoo lang zij niet aanvaard is, art. 1720; zoo ook de kwijtschelding: de schuldeischer kan die dus »tot de aanvaarding" terugnemen. Zoodanig is ook de eenstemmige leer der Fransche schrijvers. POTHIER, 614; TOULLIER, VII, 221; DELV., V, 391; enz. *a*)

§ **847.** Omdat het niet te vooronderstellen is, dat de schuldeischer het eenig bewijs zijner inschuld, dat hij in handen heeft, en het eenige dat bestaat, aan den schuldenaar van wien hij voornemens is de betaling te vorderen, zal teruggeven. *L.* 2, § 1, *D. de pact.* Deze teruggave doet de kwijtschelding niet slechts vooronderstellen, zij bewijst haar. De schuldeischer kan dus niet tot het tegenbewijs worden toegelaten, tenzij hij mogt willen bewijzen dat de teruggave niet vrijwillig geschied, maar het gevolg geweest is van geweld, van dwaling of bedrog. Zie VERNEDE, a. h. a.

§ **848.** De hoofdelijke schuldenaar was gehouden de geheele schuld te betalen, art. 1316, en de schuldeischer derhalve, die hem zijne geheele schuld heeft kwijtgescholden, zonder voorbehoud, moet noodwendig geacht worden de verbindtenis te hebben willen vernietigen. Kwijtschelding staat volkomen gelijk met betaling; de ééne vernietigt de schuld, zoowel als de andere, art. 1417; en als de hoofdelijke schuldenaar betaald had, zou hij al zijne mede-schuldenaren bevrijd hebben, art. 1316 *b*).

---

a) Kwijtschelding komt overeen met eene schenking, voor zooverre beide eene bevoordeeling inhouden, zij is echter geen schenking. Van daar dat kwijtschelding kan plaats hebben, zonder dat eene notariële acte wordt vereischt, art. 1719; zelfs kan zij stilzwijgend plaats hebben, waaromtrent zie de vorige noot op deze §. De overeenstemmende wil van schuldeischer en schuldenaar wordt echter wel vereischt, omdat waar eene verbindtenis bestaat tusschen twee personen, deze door den wil van één niet kan te niet gaan.

b) Volkomen gelijk staat kwijtschelding niet met betaling. Door de laatste zijn alle mede-schuldenaren bevrijd; bij de eerste kan de schuldeischer zich zijne regten tegenover die mede-schuldenaren, met inachtneming van de beperking, vastgesteld in het tweede lid van art. 1476, voorbehouden, artt 1316, 1476.

Het vergaan der verschuldigde zaak.

§ **850.** Over het vergaan der verschuldigde zaak, zie POTHIER, 649—670; TOULLIER, VII, 442—478; DELV., V, 416—420; DURANTON, XIII, 488—511; MARCADÉ, IV, 862—870; DEMOLOMBE, XXVIII, 975—995; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 2822—2847; LAURENT, *Princip.*, d. XVIII, bl. 518—532. — Wanneer eene zekere en bepaalde zaak, die het onderwerp is der verbindtenis, buiten den handel of verloren raakt, moet wel de verbindtenis vervallen. Want eensdeels kan de schuldenaar niet iets geven, dat niet meer bestaat (*impossibilium nulla obligatio est*, *l.* 185 *de R. J.*), en anderdeels kan hij ook niet tot vergoeding van schaden en interessen worden aangesproken, zoo lang hij niet in verzuim is geweest om te leveren, art. 1279. — Maar de verbindtenis om eene onbepaalde zaak, of eene zaak slechts ten aanzien van hare soort bepaald, te leveren, kan op deze wijze niet te niet gaan: *genus non perit.* B. v. ik verbind mij u een paard te leveren: al sterven er nu ook nog zoo vele paarden, altijd zal er nog één te vinden zijn, en zal ik dus mijne verbindtenis kunnen nakomen. Maar als ik m ij n paard beloofd heb, en als dat sterft, dan vervalt mijne verbindtenis. — Maar wat als eene zaak buiten den handel geraakt, en later weder in den handel komt, b. v. als een stuk grond dat privaat eigendom was, onteigend en tot openbare straat aangelegd of op andere wijze wordt ingerigt tot een gebruik van algemeen nut, doch later aan den eigenaar teruggegeven wordt? Zal dan de verbindtenis, om dit stuk grond te leveren, herleven? — Neen. Door het buiten den handel raken der zaak is de verbindtenis vernietigd, en zij kan zonder eene nieuwe overeenkomst niet herleven. Anders echter volgens TOULLIER, VII, 477.

Wanneer de verbindtenis om eene zaak te geven, door haar te niet gaan is vernietigd, is dan ook de andere partij van hare verpligting ontslagen? — Neen. De verbindtenis aan de ééne zijde houdt alleen op, omdat de partij buiten hare schuld in de onmogelijkheid gebragt is om daaraan te voldoen. De zaak zou evenzeer verloren zijn gegaan bij den schuldeischer, voor wiens

rekening zij was, van het oogenblik der verbindtenis, art. 1273. De overeenkomst blijft overigens in haar geheel, en moet dus worden nageleefd. Men kan zelfs art. 1302 niet tegenwerpen, dat alleen doelt op het geval, dat ééne der partijen in gebreke blijft aan hare verbindtenis te voldoen. Zie TOULLIER, VII, 447; DURANTON, XIII, 495; MARCADÉ, IV, 870 *a*).

Onvoorziene toevallen. De schuldenaar is altijd gehouden het toeval, waarop hij zich beroept, te bewijzen. Art. 1480.

§ **851**. Omdat de dief altijd in mora is. Hij had de zaak nooit mogen wegnemen, en was dus van het oogenblik dat hij in het wederregtelijk bezit was, tot teruggave verpligt. *L.* 20 *D. de cond. furt.* Doch dit geldt alleen voor den dief, voor hem die ontvreemd heeft, en niet voor zijne erfgenamen. TOULLIER, VII, 468.

§ **852**. Aan het gelijkluidend art. 1303 *C. N.* werd, niet zonder reden, verweten, dat het iets bepaalde, wat van zelven spreekt, omdat naar het Fransche regt door de verbindtenis om eene zaak te leveren, de schuldeischer daarvan van zelven eigenaar werd. MARCADÉ, IV, 867 noemt, uit dien hoofde, het artikel een *nonsens dans le Code*, dat men uit POTHIER had nageschreven, zonder er aan te denken, dat de *Code* een geheel ander beginsel van eigendoms-verkrijging door overeenkomst had aangenomen. Bij ons daarentegen, waar de eigendom niet overgaat, zoo lang er geene levering is, en de schuldeischer alzoo in die regten niet treden zou, zonder uitdrukkelijke wets-bepaling, heeft het artikel eene zeer gezonde reden van bestaan.

---

a) Deze uitspraak luidt te algemeen. Art. 1480 handelt alleen over den invloed, die het te niet gaan eener zaak uitoefent op de verbindtenis, waarvan zij het onderwerp is; omtrent de verbindtenis der andere partij bepaalt het niets. Wat daaromtrent geldt, moet voor iedere overeenkomst afzonderlijk worden nagegaan. Ten aanzien van koop en verkoop bepaalt art. 1496, dat de verkooper tot betaling verpligt blijft, en geldt dus het hierboven geleerde Bij ruiling daarentegen heft, volgens art. 1581, het te niet gaan van eene der verschuldigde zaken, de verpligting tot levering der andere op. Bij huur vervalt, door het te niet gaan van de verhuurde zaak, de huurovereenkomst en daarmede ook de verpligting van den huurder tot betaling van huurpenningen, art. 1589. In het eerste geval wordt de andere partij dus niet, in de beide andere wordt zij wel van hare verpligting ontslagen.

Nietigheid en vernietiging.

§ **853**. Zie over dit onderwerp in het algemeen — A. A. DE PINTO, *Diss. ad loc. Cod. Civ. Neerl. de obl. nullitate earq. rescissione*, L. B. 1852; en voorts MARCADÉ, IV, 871—905; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 2848—2994; LAURENT, *Princip.*, d. XVIII, bl. 532—671, en d. XIX, bl. 1—77 *a*). Er bestaat een groot onderscheid tusschen nietigheid (*nulliteit*) en vernietiging (*rescissie*). De vernietiging vooronderstelt eene op zich-zelve wettige en verbindende handeling, die van kracht is, en niet kan vernietigd worden dan nadat de regter zich heeft overtuigd en de klagende partij heeft bewezen, dat zich daarin een verborgen gebrek bevindt, waardoor zij schade heeft geleden, en die haar nietig moet doen verklaren; en daar het hier gewoonlijk aankomt op een onderzoek van feiten, kan de regter naar mate hij deze meer of minder geregtvaardigd vindt, de vernietiging uitspreken of verwerpen. De nietigheid heeft tot enkelen grondslag de wet of de handeling zelve. Hij die zich daarop, hetzij bij actie, hetzij bij exceptie, beroept, heeft niets anders te bewijzen, dan het bestaan der reden van nietigheid, onverschillig of hij daarbij nadeel hebbe geleden of niet. Bevindt de regter, dat die reden bestaat, dan behoeft hij in geen verder onderzoek te treden naar eenige feiten; maar hij past eenvoudig de wet toe, en verklaart de handeling nietig. Daartoe behoort b. v.: als er formaliteiten, op straffe van nietigheid voorgeschreven, verzuimd zijn, als de handeling is aangegaan door personen daartoe door de wet onbevoegd verklaard, enz. Zie meer hierover TOULLIER, VII, 520—529. — Onze wet heeft hier een geheel ander beginsel omhelsd dan de Fransche. Volgens art. 1305—1307 *C. N.* waren de verbindtenissen door minderjarigen aangegaan niet van regtswege nietig; maar konden zij alleen aanleiding geven tot vernietiging (*rescissie*), indien de minderjarige bewees dat hij daardoor benadeeld was. TOULLIER, VII, 577—582; DURANTON, XIII, 522—526. Het wetboek van 1830, artt. 1500, 1502, had eene onderscheiding gemaakt tusschen minderjarigen beneden en boven de 18 jaren. De hande-

a) Zie ook GOUDSMIT, *Pand.*, d. 1, § 67.

lingen der eersten waren van regtswege nietig; die der tweeden konden wegens benadeeling vernietigd worden. Volgens het Romeinsche en oud-Hollandsche regt waren de verbindtenissen door minderjarigen zonder bijstand hunner voogden aangegaan nietig, zonder dat er van eenige benadeeling behoefde te blijken. Maar daarenboven bestond er ten hunnen behoeve nog een *remedium extraordinarium*, de *restitutio in integrum*, die zij echter niet konden inroepen: 1°. wanneer zij eene andere actie hadden, die even goed was; 2°. wanneer de verbindtenis van regtswege nietig was, *si ipso jure tutus est;* 3°. wanneer zij geene schade geleden hadden. De *restitutio in integrum* strekte derhalve niet tot vernietiging der verbindtenissen door minderjarigen zonder bijstand hunner voogden aangegaan, want die waren van zelven nietig. Maar daardoor kon men doen vernietigen die handelingen van minderjarigen, waarbij de vereischte vormen en formaliteiten waren in acht genomen, doch waarbij zij bleken benadeeld te zijn. Op het laatste geval derhalve, en niet op het eerste, was van toepassing de regel: *minor restituitur tamquam laesus, non tamquam minor. L.* 6, *l.* 7, § 1, 3, 4, 6, 7, 8, *l.* 16, *Pr.*, § 1, *l. 44*, *l.* 45, *l.* 49 *D. de minor.*, *l.* 3 *C. de in int. rest.;* Voet, *ad tit. D. de minor.*, 52, 53; Noodt, *ad eund. tit.;* de Groot, *Inl.*, III., 48, 9—13. — Onze wet is gedeeltelijk tot die oude beginselen teruggekeerd, door te bepalen, dat die verbindtenissen van regtswege nietig zijn, en op eene door hen of van hunnentwege (b. v. door hunne ouders, voogden, enz.) gedane vordering, moeten worden nietig verklaard op den enkelen grond der minderjarigheid, zonder dat zij derhalve eenige benadeeling behoeven te bewijzen. Men heeft hiervoor twee redenen gegeven: 1°. men heeft willen afsnijden de geschillen, die ontstaan kunnen over de vraag, wat benadeeling is; 2°. art. 1366 verklaart de minderjarigen onbekwaam om overeenkomsten te treffen; het zou derhalve eene tegenstrijdigheid zijn hier te bepalen, dat hunne overeenkomsten somtijds toch geldig kunnen zijn. Deze geschiedkundige aanleiding van het art. verklaart dan ook wat men bedoeld heeft met de schijnbaar tegenstrijdige uitdrukking van verbindtenissen die van regtswege nietig zijn.

en die nietig moeten worden verklaard. Als het eerste waar is, zou men anders zeggen, is het laatste niet noodig. De zin is dan ook niet, dat ooit in eenig geval de nietigheid der overeenkomst eenig gevolg kan hebben, zoo lang die door den regter niet is uitgesproken; maar alleen, dat in zoo verre die verbindtenis van regtswege nietig is, dat hij die haar, hetzij bij actie hetzij bij exceptie inroept, haar vordert op den enkelen grond van minderjarigheid, en niets meer dan deze, bepaaldelijk geene benadeeling, behoeft te bewijzen. — De handelingen daarentegen voor minderjarigen door ouders of voogden met inachtneming der wettelijke formaliteiten aangegaan kunnen niet worden vernietigd, behoudens hun verhaal op den vader of den voogd, zoo daartoe gronden zijn, art. 1484. Hierin heeft men dus het Romeinsche regt niet gevolgd. En te regt. Want het zou eene onverdragelijke hardheid zijn voor derden, die te goeder trouw en op de wijze en in de vormen door de wet voorgeschreven met minderjarigen hebben gehandeld, indien zij hunne overeenkomsten vernietigd zagen, alleen omdat deze daardoor benadeeld waren; zij hebben dit vooraf niet kunnen onderzoeken of berekenen. En men doet genoeg voor de minderjarigen, indien men hun verhaal geeft op hunne ouders of voogden, die hunne zaken niet goed hebben waargenomen, en hunne belangen slecht behartigd. De leer van het Romeinsche regt, die ten gevolge zou hebben, dat niemand meer met minderjarigen eenige overeenkomst zou durven aangaan, zou hun misschien meer nadeelig dan voordeelig zijn. Zijn daarentegen de vormen en formaliteiten der wet niet in acht genomen, dan zijn, in den regel ten minste, die handelingen nietig, in dien zin, dat de minderjarige, geenszins echter derden die met den vader of voogd gehandeld hebben, de nietigheid daarvan kan inroepen. Men vindt dit onderwerp meer uitvoerig en *ex professo* behandeld in *Themis*, 1840, bl. 403—445.

1°. *L.* 9, § 2, *de minor.: placet in delictis minoribus non subveniri.* En zeer natuurlijk. Want niemand behoeft met eenen minderjarige eene overeenkomst te sluiten; die het doet, in weerwil der wet die het hem verbiedt, heeft het zich-zelven te wijten

als zijne overeenkomst vernietigd wordt. Maar voor de delicten en quasi-delicten van eenen minderjarige, die men niet heeft kunnen beletten, heeft men zich niet kunnen wachten. Het is dus billijk, dat men de vergoeding der schade kan vorderen, die men daardoor heeft geleden.

Daad zal wel beteekenen onregtmatige daad; want men heeft hierbij kennelijk op het oog gehad de *actio ex delicto vel quasi ex delicto* van art. 1401.

2°. Zie boven, ad § 119.

§ **854**. Ook deze zijn dus niet van regtswege nietig, omdat het geweld, het bedrog of de dwaling eerst moet bewezen worden door hem, die er zich op beroept. Zie boven, ad § 780. Tot dit bewijs geleverd is, is de overeenkomst geldig; daarna moet de vernietiging (*rescissie*) daarvan worden uitgesproken.

§ **855**. Zie een voorbeeld in de artt. 1158—1166.

§ **856**. 1°. In beide gevallen moet hij, tegen wien de nietigheid of de vernietiging wordt uitgesproken, teruggeven alles wat hij, uit hoofde der overeenkomst, ontvangen heeft, zoowel in geval van nietigheid wegens onbevoegdheid, als in dat van vernietiging wegens geweld, dwaling of bedrog. In het tweede geval moet dit ook de wederpartij. In het eerste behoeft zij dit slechts voor zooverre het nog onder haar berust, of voor zoo verre mogt blijken dat zij door het uitgekeerde of betaalde werkelijk is gebaat, of dat het genotene te haren nutte is aangewend of gestrekt heeft. De *ratio differentiae* is, omdat de nietigverklaring in het tweede geval gevraagd wordt door meerderjarigen, die over hunne goederen naar welgevallen hebben kunnen beschikken, en omdat het dus aan de wederpartij niet schaden moet, indien zij goed hebben gevonden die te verkwisten.

§ **857**. In den *C. N.* kwam zulk eene bepaling niet voor. Haar doel is vereenvoudiging der regtspleging of liever vermijding van noodeloos menigvuldige regtsgedingen. Zij had uit dien hoofde misschien beter hare plaats gevonden in het Wetb. van B. R. Het artikel moet niet worden beperkt tot die gronden van nietigheid waarover meer bijzonder in deze afdeeling gesproken wordt; maar het moet worden uitgestrekt tot alle gronden van

nietigheid, waar die ook in de wet worden uitgesproken. Zoowel de algemeene woorden als de *ratio legis* van het artikel maken dit duidelijk. Zoo begreep het ook de hooge raad bij een arrest van 16 Mei 1873, *Weekbl.* n°. 3595. Zie voorts over deze geheele zaak, *Themis*, 1873, bl. 333—344.

§ **858**. Art. 1304 *C. N.* bepaalde dien tijd op 10 jaren.

Doch, enz. *Quae temporalia sunt ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum. L.* 5, § 6 *D. de exc. dol. mal.; l.* 5, *C. de exc.* Deze regel berust op de eenvoudige en natuurlijke reden, dat de exceptie, die niets anders is dan eene verdediging tegen de actie, even zoo lang moet duren als de actie zelve. Hetzelfde werd ook geleerd door TOULLIER, VII, 596—600, ofschoon de *Code* er over zweeg.

TITEL V.

VAN KOOP EN VERKOOP.

(Artt. 1493—1576. EERSTE GEDEELTE, § 859—900, bl. 217—225.)

Geschriften: ASSER, 507—520; VOORDUIN, V, 141—196; DIEPHUIS, VII, 1—178; OPZOOMER, III, 97—125; OPZOOMER, *B. W.*, VIII, 1—217; LOKE, 185—237.

Algemeene bepalingen.

§ **859**. De toestemming der partijen, de zaak, en de prijs zijn de drie bestanddeelen van het koop-contract. De prijs moet in geld bepaald zijn, niet in eene andere zaak, die voor de verkochte wordt in de plaats gegeven. Zulk een beding is wel geoorloofd; maar het maakt het contract tot ruiling, niet tot koop, art. 1577. Zie hierover *l.* 1, § 1, *D. de contr. empt.*

§ **860**. De overeenkomst is voldongen, en het regt voor den kooper geboren, om de levering der zaak te vragen. Dit regt is niet afhankelijk van de betaling van den koopprijs, omdat de

kooper zijne actie ontleent aan het contract, niet aan de uitvoering daaraan van zijne zijde gegeven: *non autem pretii numeratio sed* CONVENTIO *perficit sine scriptis habitam emptionem. L.* 2, § 1, *D. de contr. empt.* Maar de eigendom gaat door de enkele kracht der overeenkomst niet op den kooper over, zoo als bij art. 1583 *C. N.* bepaald was. Dit zou in strijd geweest zijn met de onderscheiding tusschen het *jus in re* en het *jus ad rem*, en met het algemeen beginsel van regt in onze wetgeving aangenomen, dat eigendom verkregen wordt door levering, en niet door overeenkomst, waarover zie boven, *ad* § 392, en Eerste Ged., bl. 105 en 106. De koop is een *titulus*, geen *modus acquirendi dominii.* Bij ons kan de vraag niet meer ontstaan, of de koop ook ten aanzien van derden voldongen en de eigendom der verkochte zaak voor den kooper verkregen zij door enkele toestemming der partijen, over welke vraag de Fransche schrijvers veel getwist hebben. Zie daarover b. v. TROPLONG, *de la vente, ad* art. 1583, n°. 41—47; DELV., VII, 90, 91; MARCADÉ, IV, bl. 144. Bij ons kan dit daarom geene vraag meer zijn, omdat de verkochte zaak, zoo lang zij niet aan den kooper is geleverd, de eigendom blijft van den verkooper, art. 1495. Alle hypotheken, alle erfdienstbaarheden derhalve door dezen laatste daarop gelegd, vóór de levering, zijn van waarde; ja zelfs hij, aan wien de verkooper haar later andermaal verkocht, en krachtens dezen of eenigen anderen wettigen titel overgedragen heeft, wordt door de levering wettig eigenaar daarvan; alles behoudens het verhaal van den kooper tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, ingevolge de bepaling van art. 1272. Onder onze oude regten werd de koop voltrokken door het geven van eenen godspenning, en het gemeenschappelijk drinken uit éénen beker door de partijen en de getuigen. Op sommige plaatsen kon men zich echter binnen 24 uren aan de op deze wijze aangegane verbindtenis onttrekken, tegen betaling van het drinkgelag door den berouwhebbenden kooper. Zie over deze handeling, die men wijnkoop of ook wel lijfkoop noemde, VAN ALKEMADE, *Nederlandsch Dischplegtigheden* II, bl. 19, 20; III, bl. 283, 284; *Regtsg. Bijdr.*, IX, 164, 165, en de aangehaalde schrijvers. — Art.

1589 *C. N.* behelsde nog eene bepaling, die bij ons niet is overgenomen, deze namelijk, dat belofte van verkoop geldt als verkoop, zoodra als partijen het eens zijn over de zaak en den prijs (*promesse de vente vaut vente*). Deze bepaling is weggelaten, niet omdat zij niet juist is; maar, omdat de zaak van zelve spreekt; omdat zulk eene belofte van verkoop de verkoop zelve is; omdat, als partijen het eens zijn over de zaak en den prijs, er niets meer aan de overeenkomst van koop en verkoop ontbreekt, artt. 1493, 1494. — Dat artikel schijnt dan ook eigenlijk door vergissing in den *C. N.* geraakt te zijn; men schijnt POTHIER, aan wien men het ontleend heeft, niet wel begrepen te hebben. Deze leert wel, *Tr. du contrat de vente*, 477—480, dat belofte van verkoop met verkoop gelijk staat, en den belover verbindt om zijne zaak te verkoopen en te leveren; maar hij spreekt dáár van eene enkele belofte om te verkoopen, door den eigenaar gedaan, maar door niemand aangenomen. Over de verbindbaarheid van eene zoodanige belofte kon zeker zonder eene uitdrukkelijke wetsbepaling, zeer ernstige twijfel ontstaan. Maar daarover handelde art. 1589 *C. N.* niet. Zie ook nog over dat artikel REHBERG, 241—243. Zal bij ons eene belofte, als die waarvan POTHIER spreekt, verbindend zijn? — Neen, als de belofte niet is aangenomen, is er geen *duorum in unum placitum consensus,* geene overeenkomst, en bij gevolg geene verbindtenis *a*).

§ **861.** Dit is slechts de herhaling van het algemeen beginsel van art. 1273, en tevens eene belangrijke uitzondering van den regel: *res perit domino*, die het tegendeel zou willen. Hetzelfde leert DE GROOT, *Inl.*, III, 14, 34. — Wanneer de zaak vóór de levering vergaat, buiten schuld van den verkooper, is deze van zijne verbindtenis ontslagen (art. 1480), doch de kooper is daarom niet minder verpligt den prijs te betalen, want de koop is voldongen; de overeenkomst bestaat, en moet worden nageleefd, artt. 1493, 1494, 1549. Zie meer boven, *ad* § 850.

---

a) Zie nader over dit onderwerp, *Themis*, jg. 1876, bl. 30—52, en de arresten van den hoogen raad van 7 Febr. 1873 en 14 Nov. 1873, *W.* nis. 3558 en 3656.

1°. Want zoolang die meting, weging of telling nog geene plaats heeft gehad, is het onzeker wat er verkocht is. Anders, als de goederen b ij d e n h o o p verkocht zijn (art. 1498), b. v. als ik u verkocht heb al het graan, dat zich op mijnen zolder bevindt.

2°. Koop op de proef sluit natuurlijk geene andere, zelfs opschortende, voorwaarde uit. Het verschil tusschen koop uitdrukkelijk op de proef aangegaan, of van zaken die men gewoon is te proeven, ligt hierin, dat in het eerste geval de ontbindende voorwaarde van regtswege bestaat, terwijl in het tweede het bewijs omtrent het bestaan der gewoonte, vatbaar is om door tegenbewijs te worden ontzenuwd *a*).

§ **862**. Wij hebben reeds gezien, boven *ad* § 859, dat de prijs behoort tot de wezenlijke en noodzakelijke bestanddeelen van het koop-contract, dat zonder prijs niet denkbaar is. *Sine pretio nulla venditio est. L.* 2, § 1 *D. de contr. empt.*

§ **863**. De verkooper verbindt zich om den eigendom der verkochte zaak aan den kooper over te dragen, maar hij kan over het goed van een ander niet beschikken. Volgens het Romeinsche regt was de verkoop van eens anders zaak geldig, met dat gevolg dat de verkooper, in geval van uitwinning, den kooper moest schadeloos stellen. *L.* 28 *D. de contr. emt.; l.* 30, § 1 *D. act. emt.* Zie ook POTHIER, 7. — Datzelfde gevolg heeft ook bij ons plaats, artt. 1507, 1527—1539 *b*).

---

a) Zie over dit onderwerp, de acad. proefschriften van J. C. OIJENS, *Koop en verkoop op de proef*, Leiden, 1872, en van K. A. W. L. HAZELHOFF ROELFZEMA, *Koop op monster*, Amsterdam, 1876.

b) Wanneer iemand eene zaak koopt die den verkooper niet toebehoort, kan hij door de op dien verkoop gevolgde levering, den eigendom der zaak niet verkrijgen, omdat de verkooper het eigendomsregt dat hij zelf niet heeft, ook niet op een ander kan overdragen. Die beteekenis schijnt men aan den aanhef van art. 1507 te moeten toekennen, niets meer. En daarmede is zeer wel vereenigbaar de vordering tot schadevergoeding, die dit artikel den kooper toekent. Immers indien de zaak een ander toebehoort, kan de kooper door het koopcontract onmogelijk het doel bereiken dat hij beoogde, n.l. eigenaar worden van de gekochte zaak. De schade die hij daardoor lijdt, mits hij zelf niet wist dat de zaak den verkooper niet toebehoorde, en dus zelf geen schuld droeg, moet hem de verkooper vergoeden. Maar daaruit volgt dan ook, dat men den aanhef van het artikel, als niets anders bepalende dan hetgeen van zelf spreekt, veilig had kunnen achter-

§ **865.** De handgift of godspenning (*arrha*) strekt alleen tot bewijs, dat de koop gesloten is. Zoo was het ook volgens het ontwerp van 1820, art. 2425: *ut evidentius probari possit convenisse de pretio*, zegt GAJUS, *l.* 35 *Pr. D. de contr. emt.* JUSTINIANUS, echter, *Pr. I. de empt. et vend.*, schijnt daaraan eene andere strekking gegeven te hebben, door te bepalen, dat de kooper, die den koop wil vernietigen, den godspenning, dien hij gegeven heeft, verliest, en de verkooper, zoo hij zijn woord geen gestand doet, het dubbel daarvan moet teruggeven. In denzelfden zin en met dezelfde gevolgen bepaalde art. 1590 *C. N.*, dat de partijen konden afzien van eene belofte van koop, onder het geven van eenen godspenning aangegaan. Het artikel zweeg echter over het geval, dat de koop met eenen godspenning gesloten was. En te regt leert DELV., VII, 114, dat de partijen alsdan dit vermogen niet hebben. De Fransche schrijvers leeren, dat de godspenning gerekend wordt als een voorschot op den koopprijs gegeven te zijn, en derhalve bij de betaling in mindering moet verstrekken. Zie b. v. TROPLONG, *ad* art. 1590, 137. Bij ons schijnt dit het geval niet te zijn, omdat de godspenning alleen tot bewijs verstrekt, dat een koop gesloten is (ASSER, 514) *a*). — Moet hij worden teruggegeven, indien de verkochte zaak door toeval verloren gaat, of buiten den handel geraakt? — Ja, volgens DELV., VII, 114; TROPLONG, 136. Maar men lette wel, dat deze schrijvers art. 1590 *C. N.*, en dus eene belofte van koop op het oog hadden. Bij ons moet men onderscheiden: òf de zaak is reeds verloren gegaan, of buiten den handel geraakt vóór de overeenkomst, doch buiten weten der partijen: in dat geval is de koop nietig, art. 1508, en moet dus ook de godspenning

---

wege laten. Moest men daarentegen, om den aanhef van art. 1507, de absolute nietigheid der overeenkomst aannemen, dan zou, naar het bij ons geldend regt, voor het regt den kooper bij dat artikel tot het vorderen van schadevergoeding en bij art. 1528 tot het vorderen van vrijwaring toegekend, geen regtsgrond bestaan. Immers aan eene overeenkomst die nietig is, kan men geene regten ontleenen, en een andere regtsband bestaat tusschen den verkooper en den kooper niet.

a) Uit de omstandigheid dat de godspenning alleen tot bewijs strekt, volgt m. i. niet dat zij door den kooper, die haar gegeven heeft, bij de betaling niet in rekening zou mogen worden gebragt.

teruggegeven worden; òf het is geschied ná de overeenkomst; in dat geval blijft de koop bestaan (zie boven, *ad* § 861), en kan dus ook de godspenning niet teruggevraagd worden.

§ **866.** Dit is eenigzins een gevolg van den algemeenen regel, die aan den schuldenaar de kosten der betaling oplegt, art. 1431; de kooper toch is schuldenaar van den bedongen koopprijs. Art. 2430 van het ontwerp van 1820 bragt de kosten voor rekening van kooper en verkooper beiden, ieder voor de helft *a*).

Wie niet koopen en verkoopen kunnen.

§ **867.** In sommige plaatsen van Holland was weleer de dronkenschap eene reden van onbekwaamheid om te koopen en te verkoopen, met dien verstande, dat elke der partijen gedurende 24 uren zich tegen de geldigheid van den koop kon verzetten, blijvende deze anders van waarde. De Groot, *Inl.*, III, 14, 5. Bij ons kan de dronkenschap somtijds aanleiding geven tot vernietiging van den koop, even als van alle andere overeenkomsten, als belettende de vrije toestemming. Zie boven, *ad* § 780.

1°. Zie de redenen van het verbod van koop en verkoop tusschen echtgenooten bij Locré, VII, 72. Onder de voornaamste behooren: 1°. dat de man zijn gezag, de vrouw hare liefkozingen zou kunnen misbruiken, om den mede-echtgenoot tot eenen onvoordeeligen verkoop over te halen; 2°. dat men onder den naam van verkoop, schenkingen of andere bevoordeelingen bij de wet verboden zou kunnen verbergen. — In de drie uitgezonderde gevallen, die hier volgen, heeft niet zoo zeer plaats een verkoop als eene betaling van hetgeen de ééne echtgenoot uit eene wettige oorzaak aan den andere schuldig is (*datio in solutum*). Zie Delv., VII, 104.

---

a) Tusschen de artt. 1502 en 1431 zie ik geen verband. Laatstgemeld artikel bepaalt, dat hij die tot betaling gehouden is, de kosten moet dragen, vereischt om aan die verpligting te kunnen voldoen. Maar van de kosten op de betaling vallende is in art. 1502 geen sprake. Men had dan ook evengoed de hier bedoelde kosten ten laste van den verkooper, of zooals in het ontwerp van 1820, ten laste van kooper en verkooper gezamenlijk kunnen brengen.

a. Gescheiden wordt hier in eenen algemeenen zin genomen. Het ziet op de scheiding van goederen zoowel als op die van tafel en bed of echtscheiding *a*). In al die gevallen wordt de gemeenschap ontbonden, en krijgt de vrouw het vrije beheer harer goederen. Artt. 249, 287, 298.

2°. Zij moeten de belangen der verkoopers behartigen, die altijd met die van de koopers in strijd zijn. — Over voogden, zie boven *ad* § 282.

3°. Het verbod, waarvan hier de rede is, was zoowel in art. 1596 *C. N.* als in art. 1526 van het wetboek van 1830 onvoorwaardelijk en algemeen voor allen verkoop. Men is bij de laatste herziening hiervan terug gekomen, en heeft het beperkt tot den onderhandschen verkoop, omdat er bij openbaren verkoop weinig of geen gevaar bestaat voor het bedrog, dat men door deze bepaling wil te keer gaan.

Bewindvoerders. De koning kan hun echter vrijstelling van dit verbod verleenen. Hier bestaat derhalve één van die gevallen, waarin de wet zelve het regt van dispensatie aan den koning toekent, naar aanleiding van art. 67 Gr., terwijl anders in den regel dit regt alleen wordt uitgeoefend door de wetgevende magt.

4°. Al deze personen kunnen geroepen worden, om, ieder naar den aard zijner betrekking, mede te werken tot de beslissing dezer gedingen, waarbij zij dus geen belang mogen hebben en onbevooroordeeld blijven moeten *b*). Onder regters moet men ook de regters-plaatsvervangers begrijpen; zij zijn ook regters. Art. 1597 *C. N.* noemde hen uitdrukkelijk. De eenige reden, waarom van hen in ons artikel geene melding is gemaakt, is, omdat tijdens zijne vaststelling het nog niet uitge-

---

a) Dit laatste acht ik onjuist. De bepaling spreekt van koop en verkoop tusschen echtgenooten. Zij wier huwelijk door echtscheiding ontbonden is, zijn geen echtgenooten meer.

b) Dit verbod betreft derhalve de openbare orde, zoodat de bij het artikel bedreigde nietigheid door geene latere handelingen kan worden gedekt, en in iederen stand van het geding kan worden ingeroepen. Aldus besliste de hooge raad bij arrest van 1 April 1881, *W.* n°. 4627.

maakt was, of bij de organisatie der regterlijke magt er ook regters-plaatsvervangers zouden benoemd worden *a*).

De regtbank. Maar mogen dan de leden van en de advokaten en procureurs bij den hoogen raad en bij de hoven wel de aldaar aanhangige litigieuse vorderingen koopen? De bedoeling zal dit wel waarschijnlijk niet geweest zijn; want er bestaat eene volmaakte *paritas rationis*. Intusschen spreekt de wet alleen van regtbanken. En nu moge het waar zijn dat zij is *strictae interpretationis*, omdat onbekwaamheden en onbevoegdheden niet buiten de wet mogen worden uitgebreid 1); de vraag is echter alleen, of men de woorden regters en regtbanken hier niet heeft op te vatten in eene ruime beteekenis; en die vraag schijnt, waar de reden van het verbod volkomen dezelfde, waar de bedoeling der wet duidelijk is, en waar de woorden die uitlegging toelaten, toestemmend te moeten worden beantwoord *b*). De reden dezer beperkende woorden intusschen kan hier niet dezelfde zijn, die het artikel het stilzwijgen deed bewaren over de regters-plaatsvervangers; want zoo het al niet uitgemaakt zeker was, dat er hoven zijn zouden, het bestaan van een hoogen raad kon volstrekt niet twijfelachtig zijn; dit toch is grondwettig voorgeschreven, art. 157 Gr. De eenvoudige reden schijnt, dat men zonder nadenken, het vrij onnaauwkeurig geredigeerde art. 1597 *C. N.* eenvoudig heeft nageschreven. Zie overigens MARCADÉ, VI, 192, 193.

Aanhangig zijn. Volgens art. 1597 *C. N.* was het genoeg, dat die regtsvorderingen behoorden tot de competentie der regtbank.

---

a) Art. 1504 verbiedt in het algemeen elken eigendomsoverdragt, zonder te onderscheiden krachtens welken titel deze geschiedt. Het verbod mag dus niet beperkt worden tot de eigendomsovergang ten gevolge van koop. Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 1 April 1881, *W.* n°. 4627.

1) In art. 1468 B. W. van Ned. Ind. heeft men zich, door alleen te spreken van raden van justitie, en niet, zoo als behoord had, en zoo als men dit zeker wel bedoelde, van regters in het algemeen, aan dezelfde onnaauwkeurigheid schuldig gemaakt, gelijk het Ind. Wetb. trouwens in den regel alle de erkende feiten en gebreken van het onze tamelijk getrouw heeft overgenomen.

b) In gelijken zin beslistte de hooge raad bij arrest van 1 April 1881, *W.* n°. 4627.

Verpligtingen van den verkooper.

§ **868.** Over de verpligtingen van den verkooper, zie POTHIER, 41—276; TROPLONG, 256—590; DELV., VII, 115—147; DURANTON, XVII, 185—329; MARCADÉ, VI, 217—286; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Vente*, bl. 503—1090; LAURENT, *Princip.*, XXIV, bl. 156—301. — *Veteribus placet, pactionem obscuram, vel ambiguam, venditori, et qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere. L.* 39 *D. de pact.* Zie ook *l.* 21 *D. de contr. emp.* En deze regel is niet in strijd met dien van art. 1385 en *l.* 26 *D. de reb. dub.* — De kooper wordt in de koop-overeenkomst altijd aangemerkt als de hoofdschuldenaar. Daarenboven kent niemand de verkochte zaak zoo goed als de verkooper, terwijl de kooper daarvan gewoonlijk slechts eene oppervlakkige kennis heeft *a*).

Levering.

§ **870.** Hoe de levering geschiedt, zie boven, *ad* § 393, artt. 667—671. Misschien had ook dáár beter te huis behoord de bepaling van wat levering is, in het algemeen, namelijk de overdragt eener zaak in de magt en het bezit van een ander; § 40, 42 *I. de R. D.; l.* 9, 23, *D. de A. R.*

---

a) De leer dat de kooper altijd als de hoofdschuldenaar wordt aangemerkt, en dat derhalve de regel van art 1509 geene afwijking bevat van het voorschrift vervat in art. 1385, vindt m. i. geen steun in de wet. Deze legt zoowel aan den kooper als aan den verkooper verpligtingen op. Ten opzigte van de laatstbedoelde verpligtingen is de verkooper schuldenaar, en ook van de daartoe betrekkelijke bedingen bepaalt art. 1509 dat zij, ingeval van duisterheid of dubbelzinnigheid, ten zijnen nadeele worden uitgelegd. In dit opzigt valt dus strijd met art. 1385 niet te miskennen. De aanleiding tot deze afwijking van het gemeene regt is veeleer, gelijk de Schr. der *Handl.* hierboven opmerkt, daarin te zoeken, dat de verkooper het best bekend is met de zaak die verkocht wordt, dat hij derhalve het best in staat is om alles, waartoe hij als verkooper zich verbindt, met juistheid in de overeenkomst uit te drukken. Het slot van art. 1509 is intusschen algemeen Het geldt dus ook voor de bedingen waarbij de kooper zich tot iets verbindt, en bevat in zooverre eene toepassing van den algemeenen regel van art. 1385. Zie OPZOOMER, *B. W.*, VI en VIII, ad artt.

D.; daaruit zou dan van zelven voortgevloeid zijn, niet alleen wat levering is in geval van koop, maar ook wat zij is bij alle andere overeenkomsten. — Misschien zelfs ware de geheele definitie, die van enkel leerstelligen aard is, en bij gevolg zonder nadeel in de wet kon gemist worden, beter achterwege gebleven. De definitie toch heeft eene vraag doen geboren worden, waarover zeer veel is geschreven en getwist, en waarvan de juiste oplossing ook niet van alle moeijelijkheid ontbloot is. Er is namelijk beweerd, onder anderen bij een vonnis van de arrondissements-regtbank te Leiden van 12 Mei 1846, *Weekbl.* n°. 740, dat de levering van onroerende goederen door overschrijving in de openbare registers, zoo als die is voorgeschreven bij art. 671, slechts zijn zou eene fictieve levering, en dat de kooper, behalve deze, ook nog van den verkooper zou kunnen vorderen de feitelijke levering of inbezitstelling. En die stelling is voornamelijk gegrond op de woorden van art. 1511, dat levering is eene overdragt in de magt EN HET BEZIT van den kooper, welke laatste inzonderheid niet zou kunnen geschieden door overschrijving, maar alleen door feitelijke inbezitstelling. Als het aan den éénen kant waar mag zijn, dat bij eene oppervlakkige beschouwing de woorden van het artikel tot deze opvatting eenige aanleiding schijnen te geven, niet minder waar is het dat die woorden eene andere opvatting evenzeer toelaten. Vooreerst toch mag het misschien worden betwijfeld, of het wel de bedoeling geweest is om aan beide woorden van magt en bezit twee verschillende denkbeelden te hechten. In de tweede plaats echter, indien dit werkelijk het geval zijn mogt, mag men misschien aannemen, dat men bij deze uitdrukkingen juist het oog gehad heeft op de verschillende levering van roerende en onroerende goederen; en dan zal de zin zijn, dat levering door overschrijving het vaste goed brengt onder de magt, en feitelijke levering door werkelijke overgave van roerend goed dat stelt in het bezit van den kooper. In de derde plaats eindelijk, kan men zeggen, dat het artikel is overgenomen uit, en mitsdien hetzelfde beteekenen moet als art. 1379 van het Wetb. Nap. ingerigt voor het koningrijk Holland: »levering is de overdragt der verkochte zaak, waardoor dezelve komt

in de magt en in het bezit van den kooper." En in dat geval dient de laatste helft van het artikel minder om nader te omschrijven wat levering is, dan welke hare gevolgen zijn; en de zin zal dus zijn, dat door de overdragt, hetzij dan fictieve, door overschrijving, hetzij feitelijke, door werkelijke overgave, het gebruik van regtswege overgaat in de magt en in het bezit van den kooper. Maar wat daarvan zij en welke uitlegging men ook kiezen moge, zoo veel blijft altijd zeker en waar, dat art. 1511 niet iets vorderen kan, wat èn physiek èn regtskundig onmogelijk is; en dat de wet maar ééne levering kent van onroerende goederen, namelijk die door overschrijving, die van art. 671, en dat dan ook levering van onroerend goed altijd uit den aard der zaak fictief zijn moet, omdat eene feitelijke levering door werkelijke overgifte daarvan niet mogelijk is. Dat ook voor koop en verkoop de wet geene andere levering kent, dan die van art. 671, blijkt niet alleen uit art. 1495, maar vooral ook uit art. 1510, waarbij aan den verkooper als hoofdverpligting wordt opgelegd, levering, namelijk ééne, niet twee leveringen, en dit zal toch wel zijn die handeling die de wet onder levering verstaat, de overschrijving van art. 671. Van minder belang is het beroep op art. 1586, dat ook aan den verhuurder oplegt de verpligting om te leveren. Want, hoezeer het waar is, dat daarbij niet kan worden gedacht aan overschrijving, maar integendeel aan feitelijke inbezitstelling, kan echter uit dit artikel niet geredeneerd worden tot de verpligtingen van den verkooper, om de eenvoudige reden, dat de levering, minder eigenaardig misschien zoo genoemd, waartoe de verhuurder verpligt is, natuurlijk eene geheel andere is dan die welke van den verkooper kan gevorderd worden. Een beroep op dat artikel bewijst dan ook veel te veel, en daarom niets. Want, indien dit de vraag moest beslissen, dan zou er niet uit volgen, dat levering ook geschiedt door feitelijke inbezit-stelling, maar wel dat zij alleen op deze wijze geschiedt, en dat dus ook bij koop en verkoop in het geheel geene levering door overschrijving bestaat. Meer in het breede, *in utramque partem* vindt men deze vraag behandeld in *Themis*, jg. 1845, bl. 348—376, 497—522; jg. 1846,

bl. 33—54; *Ned. Jaarb.*, IX, 308—316; OUDEMAN en DIEPHUIS, *Opm. en Meded.*, II, 225—257. Verg. ook *Weekbl.* n°. 747 *a*).

§ **871.** Ter plaatse waar, enz. Zie boven, ad § 817. Dit geldt natuurlijk alleen, indien er eene zekere en bepaalde zaak verkocht is, niet wanneer deze alleen ten aanzien harer soort bepaald is. In dit laatste geval toch, b. v. als er verkocht is eene zekere hoeveelheid granen, steenkolen, enz., is het niet mogelijk de bepaalde plaats aan te wijzen, waar deze zich bevindt. Dat dit de zin is van het artikel, blijkt ook uit art. 1429, waarvan het eigenlijk eene noodelooze herhaling is. Zie meer *Opm.* en *Meded.*, VI, 200—205. Anders echter zou het zijn, indien ik u verkocht de granen, die zich op mijnen zolder bevinden.

In den staat, enz. Oppervlakkig zou men zeggen, dat dit artikel in strijd is met art. 1496, dat wil, dat de verkochte zaak, van het oogenblik van den verkoop af, voor rekening van den kooper komt. Daaruit toch volgt, dat alle verminderingen, die zij ondergaat vóór de levering, voor rekening van den kooper komen. Maar het is geenszins de bedoeling van art. 1517 dit laatste tegen te spreken. Het voorschrift dat het goed geleverd moet worden in den staat waarin het zich op het oogenblik van den verkoop bevindt, beteekent niet anders dan dat de kooper moet gebragt worden in denzelfden toestand, als of hem de zaak op dat tijdstip geleverd ware. En daaruit volgt: 1°. dat de verminderingen en verslimmeringen, die zij vóór de levering, buiten schuld of toedoen van den verkooper ondergaan heeft, voor rekening van den kooper komen, artt. 1273, 1496; *l.* 8, *Pr. D. de peric. et comm. rei vend.;* 2°. dat zij integendeel door den verkooper vergoed moeten worden, indien zij aan zijne schuld te wijten zijn, of indien hij in verzuim is geweest van te leveren, art. 1273; 3°. dat de vruchten, van den dag van den verkoop, behooren aan den kooper, art. 1517.

§ **872.** 2°. Maar wat, als de kooper reeds vóór den verkoop in staat van faillissement of kennelijk onvermogen verkeerde? —

---

a) Zie ook omtrent deze vraag, het arrest van den hoogen raad van 18 Nov. 1868, *W.* n°. 3062.

Als de verkooper met dien toestand bekend is geweest, kan er zeker niet aan getwijfeld worden, of hij is verpligt tot de levering; want hij moet dan vooronderateld worden den kooper, niettegenstaande zijne geldelijke ongelegenheden, genoegzaam vertrouwd te hebben. Maar wat, als hij het niet geweten heeft? — In dat geval ontslaat Delv., VII, 118, hem van die verpligting. Doch, naar het schijnt, ten onregte. Want: 1°. spreekt art. 1515 (even als art. 1613 *C. N.*) alleen van faillissement of kennelijk onvermogen na den koop; 2°. de verkooper had vóór den koop kunnen en moeten onderzoek doen naar den toestand van den kooper. Heeft hij dit niet gedaan, dat is zijne schuld: *unusquisque gnarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.* — Iets anders is het natuurlijk, als men hem door bedrog omtrent den waren toestand van den kooper misleid heeft. In dat geval kan hij, uit dien hoofde, volgens artt. 1364, 1485, de vernietiging der overeenkomst vorderen *a*).

§ **873**. Zie boven, ad § 739, 2°. — In het wetboek van 1830 kwam deze bepaling niet voor. Men achtte haar, volgens het nieuwe stelsel, dat de koop geenen eigendom doet overgaan, onnoodig, omdat de kooper, die geen eigenaar was geworden, en geenen prijs betaald had, de overeenkomst door stil te zitten kon buiten werking stellen *b*).

§ **874**. De verkooper is schuldenaar van de zaak, die hij leveren moet; en de schuldenaar moet de kosten der betaling dragen, art. 1431. Maar de zaak éénmaal geleverd zijnde, is de eigendom van den kooper, en de verkooper kan tot geene verdere kosten gehouden zijn.

Vrijwaring.

§ **876**. Blijvende hij, enz. B. v. A verkoopt zijn huis aan B, die het daarna aan C verkoopt. Nadat het huis door A aan B en door dezen aan C is geleverd, wordt op de vordering

---

a) Alleen echter wanneer het bedrog door den kooper zelven gepleegd is, art. 1364.

b) Art. 1516 is werkelijk overtollig. Ook zonder deze bepaling zou, op grond van de artt. 1302 en 1303, de kooper de vernietiging van de overeenkomst kunnen vorderen, wanneer de verkooper aan zijne verpligting tot levering niet voldoet.

van A, ter zake van bedrog, de door hem met B gesloten overeenkomst vernietigd, en dientengevolge het huis van C uitgewonnen. In dat geval nu is B gehouden C te vrijwaren wegens de uitwinning, al heeft hij ook bedongen tot geene vrijwaring gehouden te zullen zijn. Zie over de verpligting tot vrijwaring in het algemeen, mr. S. J. HINGST, in *N. Bijdr.*, 1875, bl. 397 vlg., 511 vlg.

Vrijwaring bij het rustig en vreedzaam genot der zaak.

§ **877.** Men heeft gevraagd, of de tweede kooper regtstreeks tot vrijwaring kan ageren tegen den eersten verkooper. Zie b. v. POTHIER, 148; DELV., VII, 128—130. B. v.: A verkoopt zijn huis aan B; B verkoopt hetzelfde huis aan C, onder wien het wordt uitgewonnen, uit eene oorzaak, die reeds vóór den eersten verkoop aan B bestond. Nu is het zeker, dat C B tot vrijwaring kan oproepen, en dat deze wederom zijn verhaal heeft op A. Maar kan C ook dadelijk eene regtsvordering tot vrijwaring instellen tegen A? Voor de toestemmende beantwoording dezer vraag heeft men gezegd, dat B stilzwijgende aan C heeft overgedragen de regtsvordering tot vrijwaring, die hij tegen A zou kunnen hebben, en zou men zich welligt op art. 1518 kunnen beroepen. Maar daar tegenover staat: 1°. dat subrogatie in de regten van eenen schuldeischer niet verondersteld wordt, doch alleen plaats heeft, indien zij uitdrukkelijk is bedongen, of bij de wet is bepaald, artt. 1437, 1438; 2°. spreekt art. 1518 wel van de accessoria der zaak zelve, doch niet van regtsvorderingen; 3°. spruit de vordering tot vrijwaring voort uit de koop-overeenkomst, en is derhalve eene persoonlijke regtsvordering; 4°. bestaat er tusschen den kooper en eenen vroegeren verkooper geen *vinculum juris*.

1°. Door nalatigheid van den kooper. Hij moet zich natuurlijk eigenaar wanen van de zaak, en kon daarmede dus naar welgevallen handelen: *quia quasi suam rem negligit, nulli querelae subjectus est. L.* 31, § 3, *D. de pet. hered.*

3°. Die door den oorspronkelijken eischer gemaakt. Maar wat, als de kooper den verkooper niet in het

geding heeft opgeroepen? — In dat geval schijnt hij op hem geene verdere kosten dan die der dagvaarding te kunnen verhalen. Want deze kan hem met grond tegenwerpen, dat hij dit had moeten doen, en dat hij, verkooper, het geding niet verder zou hebben voortgezet, en dus ook geene meerdere kosten gemaakt zou hebben *a*).

5°. De kooper moet door de uitwinning geene schade hoegenaamd lijden, en hersteld worden in denzelfden staat, als of er geen koop hadde plaats gehad.

6°. Art. 1535 verpligt den verkooper terug te geven alle kosten door den kooper tot verbetering en reparatie aangewend. Hier wordt den kooper het regt gegeven, behalve den door hem betaalden koopprijs, ook nog de vermeerderde waarde terug te vorderen. De *ratio legis* van dit laatste is, omdat de kooper reeds was getreden in het wettig genot van die meerdere waarde, en omdat hij dat voordeel door de uitwinning niet verliezen moet. Volgt daaruit echter, dat de kooper kan terugvorderen eerst de door hem aangewende kosten van reparatie en verbetering, en bovendien nog hetgeen het goed hierdoor in waarde vermeerderd is? Uit de enkele woorden der beide artikelen zou welligt die ongerijmdheid kunnen worden afgeleid, maar de bedoeling is dit zeer zeker niet. Die is alleen, dat de kooper volkomen moet worden schadeloos gesteld voor alle verlies en vermindering, maar meer niet; en zeker niet, dat hem twee keeren onder verschillende benamingen, hetzelfde zou moeten vergoed worden. En de bepaling van dit artikel wordt daardoor volstrekt niet overtollig. Het zal integendeel zijne toepassing vinden in alle andere gevallen, waarin de waarde van het goed vermeerderd is, b. v. in geval van rijzing van den koopprijs van dergelijke zaken, uit welken hoofde ook. De Fransche schrijvers behandelen hier nog de vraag, of deze verpligting voor den verkooper zich mede uitstrekt tot de gevallen van zeer aanzienlijke waarde-vermeerdering, die het gevolg is van onvoorziene en exceptionele gebeurtenissen, b. v. de doorgraving van een kanaal, de aanleg van eene nieuwe

---

a) Het door den Schr. der *Handl.* gewilde onderscheid vindt m. i. geen steun in de algemeene bewoordingen van art. 1532, 3°.

stad, enz. Zie MARCADÉ, VI, 279 en de daar ***in utramque partem*** aangehaalde schrijvers. Voor de onderscheiding bestaat echter geen reden. De wet is algemeen. En de ***ratio legis*** vindt ook in dit geval hare toepassing.

§ **878**. De kooper heeft dien koopprijs alleen betaald om daarvoor den eigendom der verkochte zaak in de plaats te hebben. Verkrijgt hij dien niet, dan heeft hij de ***condictio sine causa*** of de ***condictio causa data causa non secuta***, omdat de oorzaak zijner betaling ophoudt.

§ **880**. Art. 1638 *C. N.* sprak alleen van niet zigtbare erfdienstbaarheden, omdat de kooper de zigtbare had kunnen en moeten kennen. De reden dezer verandering is, omdat het dikwijls gebeurt, dat de kooper geene kennis heeft kunnen dragen ook van eene erfdienstbaarheid, die uit haren aard zigtbaar is, b. v. van eene waterleiding (art. 725), die toegemetseld is. Tot zoodanige gevallen moet dus ons art. 1538 beperkt worden. De kooper doet niet genoeg, als hij bewijst eene erfdienstbaarheid niet gekend te hebben; hij moet daarenboven bewijzen, dat hij die niet heeft kunnen kennen *a*).

Erfdienstbaarheden *b*).

§ **881**. De kooper heeft zich-zelven dit verzuim te wijten; en de wet vooronderstelt, dat de regter den eisch zou hebben afgewezen, als er zulke gronden waren bijgebragt. Daaruit volgt, dat de verkooper zich moet beroepen op gronden door den kooper niet aangevoerd; want heeft deze dit gedaan, en heeft de regter desniettemin den eisch toegezegd, dan waren zij ongegrond *c*).

---

a) Uitvoerig wordt de geschiedenis en strekking van art. 1538 *B. W.* ontwikkeld door Mr. G. BELINFANTE in *Themis*, jg. 1875, bl. 42—57. De slotsom van Schrijvers betoog is, dat na de verpligte inschrijving in de openbare registers van den titel van aankomst van erfdienstbaarheden, het geval waarin de bepaling voorziet, zich bijna nooit zal voordoen.

b) Andere lasten, b. v. een op het goed gevestigd tiendregt, zijn hieronder niet begrepen. Aldus besliste de hooge raad bij arr. v. 24 Jan. 1879, *W.* n°. 4340.

c) De bewering dat de verkooper zich alleen mag beroepen op gronden door den kooper niet aangevoerd, acht ik onjuist. Art. 1539 maakt die beperking niet. De beslissing des regters, waarbij de door den kooper aangevoerde gronden zijn verworpen, is tusschen andere partijen, de kooper en den uitwinner, gewezen, en kan den verkooper dus niet worden tegengeworpen. Deze moet dus vrij zijn in het aanvoeren van elken grond, waaruit, naar zijne meening, de onjuistheid der gevallen beslissing volgt. DIEPHUIS, VII, n°. 220.

Vrijwaring wegens verborgen gebreken.

§ **882.** Deze gebreken worden door de Romeinsche regtsgeleerden *vitia redhibitoria*, en de regtsvordering deswege aan den kooper toekomende wordt *actio redhibitoria* genoemd. Zie *Tit. D. de Aed. Ed.*

Verborgen gebreken *a*).

In dat geval. *A contrario* moet men hieruit besluiten, dat hij wegens die gebreken, die hij gekend heeft, altijd gehouden is tot vrijwaring niettegenstaande beding van het tegendeel, en dat zoodanig beding als strijdig met de goede zeden, wordt gehouden voor nietig en niet geschreven. *L.* 1, § 1, *D. de act. empt.* Zie ook DELV., VII, 146.

§ **883.** De kooper heeft derhalve de keus om òf de *actio redhibitoria*, òf de *actio quanti minoris* in te stellen. Over deze laatste zie *l.* 18, *Pr.*, *l.* 61, *D. de Aed. Ed.*

1°. Indien hij die namelijk gekend heeft ten tijde van den verkoop; niet, zoo hij ze later ontdekt heeft. Dat blijkt duidelijk uit den inhoud van de artt. 1544 en 1545. De verkooper toch, die die gebreken kende en verzweeg, heeft den kooper bedrogen, en dat is de eenige reden van zijne verpligting tot schadevergoeding, »cette réticence est un dol du vendeur qu'il a commis envers l'acheteur." POTHIER, *contr. de vente*, n°. 213. Zie ook DURANTON, IX, 321, 322, en *l.* 45 *D. de contr. empt.* Daarom is ook onaannemelijk de leer van een arrest van den hoogen raad van 11 December 1857, bij VAN DEN HONERT, *B. R.*, XXI, 447—467, dat ook de verkooper, die de gebreken niet gekend heeft, tot vergoeding zou gehouden zijn sedert den dag der sommatie of dagvaarding, die hem daarmede bekend maakt. De wet maakt die onderscheiding niet. Bovendien, uit die sommatie of dagvaarding kan de verkooper niets anders te weten komen, dan dat de kooper beweert, dat het goed verborgen gebreken heeft, volstrekt niet, dat dit werkelijk het geval is. Uit de bepalingen

---

a) Dat in het algemeen zigtbare gebreken voor verborgene moeten worden gehouden, indien de kooper ze bij den koop niet heeft kunnen ontdekken, beslistte de hooge raad bij arrest van 7 Nov. 1879, *W.* n°. 4441.

eindelijk van de artt. 1279 volgg. kan hier niet geredeneerd worden, omdat men hier spéciale voorschriften heeft, waarbij alle de regtsgevolgen van vrijwaring wegens verborgen gebreken geregeld zijn.

§ **884.** Doch het verlies enz. De kooper lijdt alsdan geen nadeel hoegenaamd door die gebreken; de zaak zou zonder deze toch vergaan zijn.

Door toeval *a*).

Verpligtingen van den kooper.

§ **886.** Over de verpligtingen van den kooper, zie POTHIER, 277—307; TROPLONG, 591—684; DELV., VII, 147—151; DURANTON, 330—384; MARCADÉ, VI, 286—297; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Vente*, § 1091—1411; LAURENT, *Princip.*, d. XXIV, bl. 301—357.

1°. Het voorschrift van art. 1550, dat de betaling geschieden moet op dezelfde plaats als de levering, komt alleen dan te pas, als zij ook gelijktijdig met de levering plaats heeft; want het artikel spreekt duidelijk in die vooronderstelling. Doch geschiedt de betaling later, hetzij krachtens een uitdrukkelijk, hetzij krachtens een stilzwijgend uitstel, dan moet men de gewone regelen van art. 1429 volgen. — Dit blijkt des te duidelijker, als men de reden van art. 1550 in aanmerking neemt: als er omtrent de betaling niets bepaald is, dan worden de partijen vooronderstelde gewild te hebben, dat die gelijktijdig met de levering zou geschieden, en dat is niet mogelijk, tenzij zij ook op dezelfde plaats gedaan worde. Zie voorts TOULLIER, VII, 92; DELV., VII, 148 *b*).

2°. Dit is dus eene uitzondering op den algemeenen regel van art. 1286, volgens welken de interessen eerst loopen van den dag dat zij in regten gevorderd zijn. De reden dezer uitzondering is, omdat de kooper anders het dubbel voordeel zou hebben van zijn kapitaal te behouden, en de vruchten der verkochte zaak te trekken.

---

a) Hetzelfde geldt *a fortiori* indien de zaak door toedoen van den kooper is vergaan.

b) Anders echter OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art. 1549 vlg.

§ 887. Het is niet genoeg, dat op het goed eene hypotheek bestaat; de kooper moet door het instellen van de regtsvordering werkelijk gestoord zijn, of er moet ten minste gegronde reden bestaan om te vreezen, dat hij daarin gestoord zal worden. Dit laatste is eene *quaestio facti*, door den regter te beoordeelen.

§ 888. Zie boven, *ad* § 739, 2°.

§ 889. Het geringste verwijl kan aan den verkooper van zoodanige voorwerpen, die aan daling en rijzing van prijzen onderhevig zijn, onberekenbare schade berokkenen. — Het artikel echter is niet toepasselijk op alle roerende goederen; doch het is *limitatief*, en geldt derhalve alleen van waren (koopwaren, *denrées*, zie art. 1657 *C. N.*), en meubelen. Wat meubelen zijn, leert art. 571.

Ten behoeve *a*).

Bepaald *b*).

Regt van weder-inkoop.

Onder de Fransche wetgeving behoorde onder de bijzondere redenen, waarom een koop en verkoop kon worden vernietigd, ook nog de zoogenaamde *rescissio propter laesionem enormem*, die plaats had, indien de verkooper van een onroerend goed voor meer dan zeven twaalfden in den koopprijs benadeeld was. Zie daarover POTHIER, 341—385, en voorts art. 1674—1685 *C. N.;* TROPLONG, 783—858; DELV., VII, 166—175; DURANTON, XVII, 432—469; MARCADÉ, VI, 311—323; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Vente*, § 1555—1655. LAURENT, *Princip.*, d. XXIV, bl. 367—411. Dit middel van vernietiging was zoowel in het Romeinsche als in onze oude regten bekend. *L.* 2, *C. de resc.*

---

a) Deze bepaling kent een bijzonder regt toe aan den verkooper, niet aan den kooper. De verkooper mag, ook nadat de kooper nalatig is in het afhalen, de nakoming der verbindtenis vorderen, maar maakt hij gebruik van zijne bevoegdheid om de overeenkomst van regtswege als vernietigd te beschouwen, dan kan de kooper geen levering meer vorderen.

b) Is dus bij de overeenkomst geen tijd voor de afhaling bepaald, dan is het artikel niet toepasselijk, en kan de verkooper zich alleen van zijne verpligting doen ontslaan op de wijze voorgeschreven bij art. 1302.

vend.; VOET, *ad tit. D. de resc. vend.*, 4—20; DE GROOT, *Inl.* III, 17, 5. De redenen waarom men het in ons Wetboek niet heeft toegelaten, komen voornamelijk hierop neder: in de meeste gevallen, waarin eene zoo grove benadeeling heeft plaats gehad, is zij door dwaling, bedrog of geweld veroorzaakt, en dan kan uit dien hoofde de koop worden vernietigd. Heeft daarentegen de verkooper uit eigen vrijen wil zijn goed zoo ver beneden den wezenlijken prijs verkocht, dan is dit zijne schuld. Maar dan bestaat er geene reden om hem toe te staan daartegen later op te komen, en dan moet men zelfs vooronderstellen, dat hij daarvoor goede redenen gehad heeft, hetzij dat hij den kooper heeft willen bevoordeelen, hetzij dat hij van dezen eene andere belooning verwachtte. De ondervinding heeft geleerd hoe moeijelijk het is de juiste waarde, die eene zaak tijdens den koop gehad heeft te bepalen, en welke netelige regtsgedingen daarover somtijds moeten gevoerd worden, terwijl eindelijk de vrees, om eenige jaren blootgesteld te zijn aan eene regtsvordering tot vernietiging van eenen koop, dien men te goeder trouw gesloten heeft, de menschen huiverig maakt om vaste eigendommen aan te koopen, en juist daardoor nadeelig werkt voor alle eigenaars. De vrees, eindelijk, dat door baatzuchtige koopers zoude worden misbruik gemaakt van de oogenblikkelijke ongelegenheid, waarin zich de eigenaar van vaste goederen bevindt, eene vrees waarmede men dit middel van vernietiging wel eens heeft trachten te verdedigen, is volstrekt ijdel in eenen tijd, waarin het zoo gemakkelijk is geld op hypotheek te verkrijgen 1). — Zie de gronden tot verdediging en behoud van de vernietiging uit hoofde van benadeeling bijgebragt door de Fransche wetgevers, bij LOCRÉ, VII, 36—40, 42—50, 77—81; enz.

§ **890.** Over het beding van weder-inkoop (*pactum de retrovendendo*), zie POTHIER, 386—445; TROPLONG, 692—779; DELV., VII, 156—165; DURANTON, XVII, 388—431; MARCADÉ, VI, 300—311; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Vente*, II, 1438—1554; LAURENT, *Princip.*, d. XXIV, bl. 367—411. —

1) In het breede vindt men deze gronden ontwikkeld in de redevoering van den Heer BEELAERTS VAN BLOKLAND, bij VOORDUIN, 148—157.

De reden, waarom het beding van weder-inkoop, door de Fransche regtsgeleerden *pacte de réméré* genoemd, door de wet wordt toegelaten, is, omdat het dikwijls gebeurt, dat iemand, voor het oogenblik geld noodig hebbende, genoodzaakt is zich te ontdoen van zaken op wier behoud hij echter prijs stelt, terwijl hij het vooruitzigt heeft van spoedig in staat te zullen zijn om ze weder in te koopen. Het is geoorloofd niet alleen bij verkoop van onroerende, maar ook van roerende goederen. De *C. N.* had zich hierover niet stellig verklaard; en, indien de redactie van sommigen der artt. 1659—1673 kon doen gelooven, dat men alleen van onroerende goederen had willen spreken, — de omstandigheid, dat men bij art. 1674 de *rescissio propter laesionem enormem* uitdrukkelijk tot onroerende goederen had beperkt, terwijl daarentegen art. 1659 in het algemeen sprak van *chose vendue*, deed het tegendeel vooronderstellen. In het wetboek van 1830 bepaalde het tweede lid van art. 1574 uitdrukkelijk: dat beding kan alleen ten opzigte van onroerende goederen plaats grijpen. Ons Wetboek echter wil het tegendeel. Dit blijkt: 1°. uit de weglating van voormeld tweede lid, en uit de daarvoor van regeringswege gegeven reden (Voorduin, 191); 2°. uit de geheele redactie van de artt. 1555—1568, waar men zorgvuldig onderscheiden heeft tusschen die bepalingen, die op roerend en onroerend goed beiden, en die, welke alleen op onroerend goed toepasselijk zijn. Zoo kan b. v. alleen de verkooper van een onroerend goed, volgens art. 1559, van zijn regt van weder-inkoop tegen eenen tweeden kooper gebruik maken, omdat roerende goederen geen gevolg hebben in regten, maar hun bezit als titel geldt, art. 2014. Maar de uitdrukking: verkooper van een onroerend goed bewijst, dat ook de verkooper van een roerend goed het regt van weder-inkoop bedingen kan. Zie voorts nog art. 1562.

Het regt van weder-inkoop moet bij de overeenkomst zelve bedongen worden. Zoo het later geschiedde, zou men dit als eene nieuwe overeenkomst moeten aanmerken, met dat gevolg, dat de hypotheken en andere lasten, door den kooper op het goed gelegd, van waarde bleven, Delv., VII, 156; Troplong,

694. Zoo beslistte het ook de hooge raad bij arrest van 25 October 1867, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXII, 1—9. Daaruit volgt echter nog niet, dat een later daaromtrent bij afzonderlijke overeenkomst gemaakt beding nietig zoude zijn; en er bestaat overigens ook geene reden, waarom dit niet zou geoorloofd zijn.

Zelfs van eenen tweeden kooper *a*).

Door den kooper. Het beding van weder-inkoop kan ook worden ingeroepen tegen een tweeden kooper. Zal dan echter het pand ook bevrijd worden van de lasten en hypotheken, waarmede het door dezen is bezwaard? *In abstracto* is hiervoor misschien veel te zeggen, te meer daar de tweede kooper moeijelijk onkundig kan zijn gebleven van het gemaakte beding. Niettemin zijn de woorden te stellig, om die uitbreiding te gedoogen. Er wordt niet gesproken, noch van koopers, noch van den tegenwoordigen bezitter, maar eenvoudig van den kooper, en daarmede kan niet wel iemand anders bedoeld zijn dan hij, die het goed oorspronkelijk heeft gekocht van den verkooper, die van het beding van weder-inkoop gebruik maakt.

§ 891. Omdat het strijdig is met de algemeene belangen der maatschappij, dat de eigendommen gedurende eenen te langen tijd in het onzekere blijven. — Maar kan de kooper, na verloop van dien termijn, in eene verlenging toestemmen? — Neen, volgens DELV., VII, 160; ja, volgens DURANTON, XVII, 397, en *Regtsg. Adv.*, IV, 126—128; en dit laatste gevoelen schijnt de voorkeur te verdienen. Die bevoegdheid wordt aan den kooper nergens ontzegd. Het regt mag voor niet langer dan vijf jaren bedongen worden; maar daaruit volgt niet, dat het met onderlinge toestemming niet hernieuwd mag worden. De regter mag den termijn niet verlengen: dus mag de kooper dit wèl *b*).

---

a) Tegen den tweeden en verdere koopers kan hij echter alleen zijn regt doen gelden, als de verkochte zaak onroerend is, art. 1559.

b) De laatste gevolgtrekking acht ik niet juist. Het hier bedoelde verbod heeft alleen ten doel den regter eene bevoegdheid te ontzeggen, hem voor een ander geval bij art. 1302, al. 4 toegekend, en het regt tot termijnsverlenging dat aan partijen nergens wordt toegekend, kunnen zij niet ontleenen aan de ontzegging daarvan aan den regter. Voor het door den Schr. der *Handl.* uit art 1557 afgeleide *argumentum*

W a n n e e r, enz. Omdat de kooper van den beginne af eigenaar is geweest onder die ontbindende voorwaarde: als de verkooper binnen vijf jaren zijn regt van wederinkoop niet doet gelden. Wanneer dus de tijd verloopen is, binnen welken die gebeurtenis moest plaats hebben, wordt de voorwaarde geacht te ontbreken. Art. 1294.

§ **892**. T r e e d t i n a l d e r e g t e n. Om dezelfde reden.

H ij k a n, enz. Moeijelijk is het één geval uit te denken, waarin de kooper noodig zal hebben van dit regt gebruik te maken, omdat de schuldeischers van den verkooper op het gekochte goed geene regten hoegenaamd meer kunnen doen gelden. De laatste is toch geen eigenaar meer, en het goed houdt dus op het pand zijner schuldeischers, volgens artt. 1177 en 1178, te zijn; en deze hebben onder de nieuwe wet niet meer de bevoegdheid van art. 1166 *C. N.*, om de regten en regtsvorderingen van hunnen schuldenaar te doen gelden. Zie boven *ad* § 787. Zij kunnen dus ook niet zijn regt van weder-inkoop doen gelden *a*).

§ **893**. Zie *l.* 7, § 13 *D. de comm. div.*

§ **894**. B e h o u d e n s h e t r e g t, enz. De kooper heeft éene zaak in haar geheel, en niet zoo vele afzonderlijke deelen gekocht; hij heeft zich verbonden om òf de geheele zaak, óf niets te behouden, maar niet om daarvan een gedeelte af te staan.

A l d e m e d e v e r k o o p e r s *b*).

Koop en verkoop van inschulden en andere onligchamelijke regten.

§ **897**. Over koop en verkoop van onligchamelijke regten, zie Pothier, 551—648; Troplong, 877—1012; Delv., VII, 176—

a contrario bestaat derhalve m. i. geen grond. Dit belet intusschen niet, dat na het verstrijken van het bepaalde tijdvak, de kooper den verkooper andermaal gedurende zekeren tijd de bevoegdheid kan toekennen het verkochte weder terug te nemen. Maar dan is zulks alleen te beschouwen als eene nieuwe op zichzelf staande overeenkomst, waaraan de verkooper de bijzondere regten niet ontleent aan het beding van wederinkoop bij de artt. 1555 vlg. toegekend. Zie boven, § 890.

a) Anders echter Opzoomer, *B. W.*, ad art. 1561.

b) Dit geldt intusschen alleen voor het geval dat het geheele goed als eenheid, door al de medeeigenaren bij éene en dezelfde overeenkomst verkocht is. Verkoopt ieder afzonderlijk zijn deel, dan kan de kooper, zoo één der verkoopers van zijn regt van wederinkoop wil gebruik maken, niet vorderen dat hij de geheele zaak overneme of van zijn regt afstand doe. Artt. 1563, 1566.

190; DURANTON, XVII, 486—549; MARCADÉ, VI, 325—358; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Vente*, 1994—2011; LAURENT, *Princip.*, d. XXIV, bl. 451—599.

2°. En zulks, enz. Art. 1571 zegt: en slechts ten beloope, enz. Deze uitdrukking is niet zeer duidelijk, maar zeker is het, dat zij beteekent: en in dat geval slechts, enz. Want als de verkooper zich niet voor de gegoedheid van den schuldenaar verbonden heeft, dan staat hij voor deze in het geheel niet in.

§ **898**. B. v. als ik u verkoop de erfenis van mijnen vader. bestaande in een huis en twee stukken lands, dan moet ik u het bestaan van al die voorwerpen waarborgen. Maar als ik u eenvoudig de erfenis van mijnen vader verkoop, zonder eenige vermelding van de goederen, waaruit deze bestaat, dan heb ik aan mijne verpligting voldaan, indien het blijkt, dat mijn vader gestorven is, en dat ik zijn erfgenaam ben, onverschillig of zijne nalatenschap rijk of arm is; want ik heb u niets meer verkocht dan mijn regt van erfgenaamschap *a*).

§ **899**. Maar wanneer na den afkoop van het erfgenaamschap, één der mede-erfgenamen zijn aandeel in de nalatenschap verwerpt, en dat aandeel door aanwas aan den verkooper komt, aan wien behoort dan dat aandeel, aan den kooper of aan den verkooper? — Veel is er over deze vraag getwist door de schrijvers over het Romeinsche, zoowel als door die over het Fransche regt. Men vindt de voornaamsten opgegeven bij DELV., VII, 188. — Bij de beantwoording der vraag moet men vooral in het oog houden, dat er in dat geval noch eenige bepaalde goederen, noch eene algemeenheid van goederen verkocht wordt, maar eenvoudig een regt. En wanneer men nu in aanmerking neemt, dat onder de gevolgen van het regt van erfgenaamschap, onder anderen, ook

a) Dit laatste acht ik niet geheel juist. In het gestelde geval heb ik u niet verkocht zekere bepaalde goederen, maar ook niet mijn regt van erfgenaamschap. Dat regt is een aan mijn persoon verbonden regt, en van mij onafscheidelijk. Wat ik u verkoop, is het regt om te erlangen datgene, waartoe ik als erfgenaam geregtigd ben. Dit onderscheid is van practisch belang, omdat daaruit volgt, dat niettegenstaande den verkoop, ik tegenover derden als erfgenaam aansprakelijk blijf, behoudens mijn regt van verhaal op u voor hetgene ik als zoodanig betaal, art. 1575.

behoort de bevoegdheid om *jure accrescendi* het aandeel te verkrijgen van den verwerpenden mede-erfgenaam (artt. 1049, 1050), dan schijnt het zeker, dat ook dat aandeel aan den kooper behoort. En dan vervalt ook de tegenwerping door de voorstanders van het andere gevoelen meermalen gemaakt, dat de verkooper niet geacht kan worden goederen verkocht te hebben, die hij nog niet had, en die hij ook niet wist, dat hij krijgen zou, want hij heeft geene goederen, maar een regt verkocht; en ook dat regt had hij van den beginne af *a*).

En de voldoening, enz. Want hij heeft wel zijn regt van erfgenaamschap, maar niet zijne persoonlijke schuldvordering verkocht.

§ **900**. Voor de levering. Dat zijn de woorden van art. 1576; doch deze uitdrukking is eigenlijk onjuist; want de schuldenaar is ook bevrijd, al heeft hij betaald na de levering, zoo lang de overdragt aan hem niet is beteekend geworden, of hij deze niet schriftelijk heeft aangenomen of erkend, art. 668. Beter stond in art. 1691 *C. N.: si avant — eût* SIGNIFIÉ, enz.

TITEL VI.

VAN RUILING.

(Artt. 1577—1582. EERSTE GEDEELTE, § 901—905, bl. 226).

Geschriften: ASSER, 521, 522; VOORDUIN, V, 196—198; DIEPHUIS, VII, 179—185; OPZOOMER, III, 125—128; OPZOOMER, B. W., VIII, 221—241; LOKE, 239—241.

§ **901**. Ruiling staat genoegzaam in alles gelijk met koop: *permutatio vicina est emptioni. L.* 2 *D. de rer. perm.; l.* 2 *C.*

---

a) In mijne aanteekening op de vorige § gaf ik als mijne meening te kennen, dat de verkooper aan den kooper niet zijn regt van erfgenaamschap, maar zijn regt om datgene te erlangen, waartoe hij als erfgenaam geregtigd is, verkoopt. Dit sluit intusschen niet uit, dat de kooper regt erlangt op den aanwas, omdat deze behoort tot datgene, waartoe de verkooper als erfgenaam geregtigd is. Anders echter DIEPHUIS, t. a. p., bl. 174.

eod.; zoo zelfs, dat, gelijk bekend is, de oude Romeinsche regtsgeleerden het er al lang over oneens waren, of ruiling wel eene afzonderlijke overeenkomst, of eene soort van koop was. § 2 *I. de empt. et vend.* Het voorname verschil is daarin gelegen, dat bij ruiling eene bepaalde zaak tegen eene andere bepaalde zaak, en niet tegen eenen prijs in geld gegeven wordt. — Zie voorts over ruiling: POTHIER, *Tr. du contr. de vente*, 618—630; DELV., VII, 206—208; DURANTON, XVII, 542—549; MARCADÉ, VI, 406—416; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Echange*; LAURENT, *Princip.*, d. XXIV, bl. 600—612.

§ **902.** Even als de verkoop (art. 1507), is ook de ruiling van eens anders goed nietig, omdat zij den eigendom der in ruil gegeven zaak inderdaad niet overdraagt op de wederpartij, die dan ook van hare zijde niet verpligt is tot levering van datgene, wat zij zich alleen verbonden heeft te geven, om daardoor den eigendom der haar toegezegde en geleverde zaak te verkrijgen: *alienam rem dans nullam contrahit permutationem. L. I.* § 3. *D. de rei perm.* Verg. ook SCHÜLLER, a. h. a. *a*).

§ **903.** Beide partijen zijn te gelijk kooper van de ééne, verkooper van de andere zaak; daarom is door beiden de vrijwaring verschuldigd.

§ **904.** Dit is eene belangrijke afwijking van den algemeenen regel, bij art. 1273 vastgesteld, en bij art. 1496 op koop toepasselijk gemaakt. Volgens beide deze bepalingen zou de zaak, die in ruiling beloofd is, voor rekening blijven van hem, aan wien zij beloofd is, al ware zij nog niet geleverd, en zou haar verlies hem niet ontslaan van de verpligting om de andere zaak te leveren, omdat de overeenkomst blijft bestaan; zie boven ad § 850 en 861. Hier heeft het tegendeel plaats. De overeen-

---

a) Blijkens mijne noot hierboven ad § 863, kan ik mij niet vereenigen met de leer van de positieve nietigheid van den verkoop van eens anders goed. Ook bij ruiling acht ik dit niet het geval Eene vordering tot schadevergoeding toch als art. 1580 toekent kan moeijelijk voortvloeijen uit eene overeenkomst die nietig is. De bepaling van art. 1579, die wij niet bij koop en verkoop aantreffen, is te beschouwen als een *jus singulare*, waartoe welligt het Romeinsche regt den wetgever heeft geleid.

komst wordt voor vervallen gehouden, en, als een gevolg hiervan, is de andere partij tot geene levering gehouden, en kan zij reeds geleverd hebbende de teruggave van het goed vorderen. In den *C. N.* komt deze bepaling niet voor, en POTHIER, 626, leert het tegendeel.

TITEL VII.

VAN HUUR EN VERHUUR.

(Artt. 1583—1653. EERSTE GEDEELTE, § 906—951, bl. 226—235.)

Geschriften: ASSER, 522—534; VOORDUIN, V, 198—251; DIEPHUIS, VII, 186—341; OPZOOMER, III, 128—153; OPZOOMER, *B. W.*, VIII, 245—445; LOKE, 252—269.

Algemeene bepalingen.

§ **906**. Het Fransche regt, art. 1800—1831 *C. N.*, kende nog eene derde hoofdsoort van huur en verhuur, het zoogenaamde *bail à cheptel*, of huur van beesten. In ons Wetboek heeft men de bijzondere overeenkomsten, bij die artikelen geregeld, onbehandeld gelaten, omdat zij, ofschoon in Frankrijk menigvuldig in gebruik, bij ons zeer zeldzaam voorkomen; terwijl het natuurlijk aan de handelende partijen vrijstaat bij hare overeenkomsten die bedingen te maken, die niet meer door de wet worden geregeld. Zie over het *bail à cheptel*, POTHIER, *Tr. du cheptel;* DELV., VII, 250—262; DURANTON, XVIII, 264—315; MARCADÉ, VI, 546—569; DALLOZ, *Rép.*, in voce *louage à cheptel;* LAURENT, *Princip.*, d. XXVI, bl. 103—137. Het ontwerp van 1820 behandelde, in eenen afzonderlijken titel, artt. 2669—2714, nog de prestatie van die diensten tegen genot van voordeel of salaris, die niet dadelijk tot huur van werk en nijverheid kunnen gebragt worden, en men had daarbij voornamelijk op het oog de verdiensten van advokaten, geneesheeren, enz.

1°. Over huur van goederen, zie POTHIER, *Tr. du contrat de*

louage, 1—391; DELV., VII, 209—250; DURANT., XVIII, 20—221; MARCADÉ, VI, 424—516; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Louage;* LAURENT, *Princip.*, d. XXV, bl. 1—536.

2°. Over huur van diensten, zie POTHIER, 392—457; DELV., VII, 262—280; DURANTON, XVIII, 222—263; MARCADÉ, VI, 517—545; DALLOZ, *Rép.*, in voce *louage d'ouvr. et d'ind;* LAURENT, *Princip.*, d. XXV, bl. 537—627, en d. XXVI, bl. 1—103.

Huur en verhuur van goederen. — Regelen, die gemeen zijn aan verhuringen van huizen en van landen.

I. Schriftelijke en mondelinge huur.

§ **907.** Art. 1714 *C. N.*, waarbij dit uitdrukkelijk bepaald werd, is wel in ons Wetboek niet opgenomen; maar zoo dikwijls de wet geene bijzondere vormen voorschrijft voor het sluiten eener overeenkomst, worden die geheel overgelaten aan de keuze der partijen, en kunnen dezen dit zelfs mondeling doen, behoudens, in geval van ontkenning, de voorschriften van het bewijs in het algemeen, en in het bijzonder het bepaalde bij art. 1604.

§ **908.** Al ware de huurprijs ook van minder dan *f* 300. Voor deze uitzondering van art. 1933 bestaan twee redenen: 1°. loopen eene menigte huren over minder dan 300 gulden, en heeft men derhalve zoo vele omslagtige regtsgedingen willen voorkomen; 2°. zijn alle twisten over het al of niet bestaan van huur spoed vereischende zaken, waarin het minste uitstel onberekenbare nadeelen kan veroorzaken, zoodat het gevaarlijk zou zijn die door getuigen-verhooren te rekken *a*).

---

a) Of die redenen wel de uitsluiting van elk ander bewijsmiddel dan den beslissenden eed voldoende regtvaardigen, mag intusschen betwijfeld worden. OPZOOMER, *B. W.*, bl. 330 en de aldaar aangehaalde schrijvers. — Maar wat daarvan zij, zooveel is zeker dat naar ons positief regt, het verbod ten doel heeft in het algemeen belang, regtsgedingen en misbruiken te voorkomen, en als zoodanig een voorschrift van openbare orde is, zoodat waar desniettegenstaande het bewijs door getuigen is aangeboden, de regter dit niet mag toelaten, ook al heeft de tegenpartij er zich niet tegen verzet. Arrest van den hoogen raad van 11 Jan. 1878, *W.* n°. 4206.

II. Pligten van den verhuurder.

§ **910**. Zonder de nakoming van al deze verpligtingen door den verhuurder, kan de huurder het genot der verhuurde zaak niet hebben; en het is juist dat genot, waarvoor hij zich verbonden heeft den huurprijs te betalen.

1°. Zie boven *ad* § 870 *a*).

4°. Waartoe de huurder verpligt is. Zie deze in art. 1619. Het spreekt van zelf, dat de huurder zich bij de overeenkomst ook met het doen van andere reparatiën kan belasten *b*).

III. Pligten van den huurder.

§ **912**. 1°. Het is den eigenaar niet onverschillig, tot welk einde zijn goed gebruikt wordt. Het gebeurt evenwel meermalen, dat men die bestemming in de overeenkomst niet uitdrukt, en dan is het aan den regter overgelaten om die uit de omstandigheden af te leiden. Men kan haar alsdan opmaken: 1°. òf uit den aard van het verhuurde goed: zoo wordt b. v. een woonhuis niet verondersteld verhuurd te zijn, om daarin eene fabrijk op te zetten; 2°. òf uit de hoedanigheid of het beroep van den huurder; wanneer een winkelier een huis huurt, dan moet men het er voor houden, dat hij het bestemd heeft, om daarin zijnen winkel op te slaan.

3°. *b*. Omdat de verhuurder gehouden was het hem in eenen goeden staat van onderhoud te leveren (art. 1587), en het dus niet waarschijnlijk is, dat de huurder het in eenen anderen staat zal hebben overgenomen, althans niet zonder daarvan bij eenen behoorlijken staat te doen blijken of zich daarvan op eenige andere wijze het bewijs te verschaffen.

4°. Aan wie hij de huur mogt hebben overgedaan.

---

a) Zie ook een arrest van den hoogen raad van 2 Maart 1883, *W*. n°. 4890.

b) En evenzeer kan bedingen dat reparatiën, die volgens de wet te zijnen laste zouden komen, voor rekening van den verhuurder zullen zijn.

In de gevallen, namelijk waarin hem dit geoorloofd is, waarover zie meer beneden, *ad* § 916 *a*).

5°. Deze geschieden zoowel in zijn belang, als in dat van den verhuurder; want zonder deze is hij niet in staat het genot te hebben van het gehuurde *b*). Zie over de vermindering van huurprijs, waartoe die reparatiën somtijds aanleiding kunnen geven, beneden, *ad* § 914.

6°. De schrijvers over het Romeinsche regt hebben er veel over getwist, of, in geval van brand, de huurder moest bewijzen, dat die buiten zijne schuld ontstaan was, dan wel de verhuurder het tegendeel. — In het breede wordt hierover gehandeld bij VOET, *ad tit. D. ad leg. Aq.* 20. — Volgens DE GROOT, *Inl.*, III, 19, 11, was de huurder aansprakelijk voor brand, t e n w a r e o n v e r h o e d e l ij k o n g e l u k b ij d e n h u ij r d e r w i e r d b e w e z e n. Zoo ook art. 1733 *C. N.*, en dat voornamelijk op grond, dat de huurder moet waken voor het behoud der zaak, terwijl dit voor den verhuurder onmogelijk is; en omdat daarenboven de brand ook gewoonlijk ontstaat door de schuld van den huurder, of van iemand zijner huisgenooten, LOCRÉ, VII, 212. Art. 2593 van het ontwerp van 1820 had het beginsel aangenomen, dat de huurder eerst dan aansprakelijk was, indien bewezen werd, dat de brand aan zijne nalatigheid te wijten was. Het wetboek van 1830 was hiervan weder afgeweken, door in art. 1690 den huurder aansprakelijk te stellen, ten ware uit de

---

a) Die beperking vindt m. i. geen steun in de wet. Art. 1602 stelt den huurder in het algemeen aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door ieder aan wien hij de huur heeft overgedaan, en maakt daarbij geen uitzondering voor het geval, dat de huurder tot het overdoen van de huur onbevoegd was. De huurder is derhalve aansprakelijk voor de schade veroorzaakt zoowel door hem aan wien hij het goed heeft wederverhuurd als aan wien hij zijne huur heeft afgestaan, ook dan wanneer hij de bevoegdheid hiertoe miste. DIEPHUIS, t. a. p., bl. 256; OPZOOMER, t. a. p., bl. 327.

b) Het belang van den huurder moet hier m. i. buiten rekening blijven. Waar het goed in eenen staat verkeert, die uitstel der reparatiën tot na het eindigen van de huur niet gedoogt, moet de huurder deze toelaten, welken last hem dit ook veroorzake, ook daar wanneer de staat waarin het goed verkeert, hem in zijn genot niets hindert. De reden daarvan is dat anders de verhuurder welligt een onherstelbaar verlies zou lijden.

omstandigheden bleek, dat de schuld van den brand niet aan hem kon worden toegerekend. Bij de laatste herziening eindelijk is ons artikel zoo gesteld, dat de huurder niet verantwoordelijk is voor brand, tenzij de verhuurder bewijze, dat de brand door de schuld van den huurder is veroorzaakt. Deze bepaling berust op de navolgende gronden: 1°. op den regel: *res perit domino;* 2°. op het beginsel, dat hij, die schade en aansprakelijkheid beweert, ook schade en schuld bewijzen moet; 3°. dat, hoezeer dikwijls, en misschien meestal, brand door nalatigheid van den huurder ontstaat, dit echter niet meer is dan een vermoeden, en het ook dikwijls gebeurt, dat de brand aan geheel andere oorzaken is toe te schrijven; 4°. dat de eigenaar zich tegen de gevaren van brand kan waarborgen door verzekering, terwijl de huurder eene zaak, die hem niet toebehoort, niet verzekeren kan. — Wat er van de overige gronden zijn moge, dit laatste is zeker minder juist; want ieder, die bij het behoud der zaak belang heeft, kan haar, of althans zijn belang, verzekeren.

§ **913**. Want, terwijl de huurder aan den éénen kant verpligt is terug te geven alles wat hij ontvangen heeft, en niet volstaan kan met het goed in eenen minderen staat te verlaten (artt. 1598), 1599), aan den anderen kant is hij niet gehouden meer dan hij ontvangen heeft terug te geven.

IV. Vermindering van den huurprijs.

§ **914**. 2°. Maar moet, in dat geval, de vermindering berekend worden over den geheelen tijd van den duur der reparatiën, of slechts zoo lang als die tijd 40 dagen te boven gaat? — Over den geheelen tijd. De eenige reden waarom de vermindering geweigerd wordt, als de reparatiën geene 40 dagen geduurd hebben, is, omdat het voor eenen zoo korten tijd niet der moeite waardig was vermindering van huur toe te staan; maar als men dit nu toch éénmaal doet, dan vervalt die reden, en dan bestaat er geen aannemelijke grond, om haar voor de eerste 40 dagen te weigeren. Zie DELV., VII, 218.

V. Hoe huur en verhuur eindigt.

§ **916.** 1°. Omdat het den verhuurder niet onverschillig is, wie zijn goed gebruikt. Hij heeft wel zijn vertrouwen geschonken aan den huurder, maar daaruit volgt nog niet, dat hij dit ook schenkt aan iederen onderhuurder, dien deze mogt goedvinden, in zijne plaats te stellen. Het tegendeel was echter bepaald èn in het Romeinsche èn in het Fransche regt, indien dit vermogen den huurder bij de overeenkomst niet uitdrukkelijk ontzegd was. *L.* 6 *C. loc. cond.*, art. 1717 *C. N.* — De Groot, *Inl.*, III, 19, 10, leert ook, dat een huyrder vermag het gehuyrde wederom eenen ander te verhuyren, 't en waer anders bedongen was. Maar hij zondert hiervan uit niet alleen huur van diensten, maar ook van huizen; zoodat de regel, door hem medegedeeld, alleen op huur van landelijke eigendommen toepasselijk schijnt geweest te zijn. Hoezeer misschien het tegenwoordig aangenomen beginsel op zich zelf beter zijn moge, brengt het in de zaak zelve geene groote verandering, daar toch ten slotte alles nederkomt op den wil der partijen, die daaromtrent in ieder geval zoodanige bepalingen maken kunnen als zij goedvinden.

§ **917.** 2°, 3°. Onze artikelen 1606 en 1607 zijn bijna letterlijk vertaald uit artt. 1736 en 1737 *C. N.* — Uit eene oppervlakkige beschouwing daarvan zou men kunnen opmaken, dat alleen de schriftelijke huur door het verloop van den bepaalden tijd, en alleen mondelinge door opzegging ophoudt. Het is trouwens niet te ontkennen, dat eigenlijk de omstandigheid, of de huur schriftelijk of mondeling is aangegaan, eene geheel onverschillige zaak moet zijn, met betrekking tot haren duur. Zie vooral Duranton, XVIII, 116, die dan ook leert, dat men hier onder schriftelijke huur eigenlijk verstaan moet die welke voor eenen bepaalden tijd, en onder mondelinge die welke zonder bepaling van tijd is aangegaan; dat deze onjuiste redactie waarschijnlijk haren oorsprong daaraan te danken heeft, dat bij schriftelijke huren gewoonlijk een tijd bepaald wordt, en dat men dit bij mondelinge huren meestal niet doet; dat niets echter noch tot het

éen, noch tot het ander verpligt; en derhalve zoowel de mondelinge huur, indien daarbij een tijd bepaald is, door het enkel verloop van dien tijd eindigt, als de schriftelijke huur zonder tijdsbepaling aangegaan eerst door opzegging kan verbroken worden. Zal men hetzelfde ook nog bij ons kunnen zeggen? — Het laatste zeker ja. Niet alleen verbiedt art. 1606 dit niet, maar het schijnt het zelfs implicite aan te nemen; de schriftelijke huur eindigt, wanneer de bepaalde tijd verstreken is, zonder opzegging. Zij eindigt dus, als er geen tijd bepaald is, niet zonder, d. i. door opzegging. Maar wat het eerste betreft, hoe juist ook in abstracto, de eenige verandering van redactie, die art. 1607 ondergaan heeft, schijnt dit volstrekt niet te gedoogen. Art. 1736 *C. N.* zeide: *si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant* enz. — Daarbij wordt dus wel gezegd, hoe de opzegging moet gedaan worden, zonder dat daaruit nog noodzakelijk volgt, dat deze altijd noodig is. Maar wat zegt nu ons artikel? Indien de huur zonder geschrift is aangegaan, houdt die op den bepaalden tijd NIET op, dan voor zoo verre de éene partij aan de andere de huur heeft opgezegd. En daaruit volgt dus wel zonder eenigen twijfel dat er bij mondelinge huren altijd eene opzegging vereischt wordt, onverschillig of er een tijd bepaald is of niet.

3°. Ten gevolge van de opzegging *a*).

§ **918.** Waarvan de gevolgen enz. — Deze namelijk, dat zij alleen door opzegging, volgens art. 1607, eindigt. De bepaling van dit artikel en van het daarmede gelijkstaande art. 1738 *C. N.* is afkomstig uit *l.* 16 *C. loc. cond. b*).

§ **919.** *Ex conducto actionem etiam ad heredem transire*

---

a) Vermits art. 1607 geen voorschrift van openbare orde behelst, belet partijen niets om bij het mondeling aangaan van eene huurovereenkomst, te bepalen dat deze op den bepaalden tijd zonder opzegging zal ophouden. Arrest van den hoogen raad van 10 Dec. 1875, *W.* n°. 3936.

b) Ten opzigte van de andere voorwaarden van de huur, o. a. wat den huurprijs betreft, schijnt men bij het stilzwijgen der wet, te moeten aannemen, dat deze dezelfde zullen zijn als bij de geeindigde overeenkomst.

palam est. L. 19 § 8 *D. loc. cond.* Eigenlijk spreekt dit van zelf, omdat men altijd verondersteld wordt ook voor zijne erfgenamen te hebben bedongen, art. 1354, en geene overeenkomst derhalve door den dood van ééne der partijen te niet gaat. De omstandigheid evenwel, dat de verhuurder inzonderheid bij het huur-contract meer bijzonder het oog heeft op den persoon des huurders, waarvan o. a. de bepaling van art. 1595 een gevolg is (zie boven *ad* § 916, n°. 1), en dat de toepasselijkheid van den regel van art. 1354 op huur daarom misschien zou kunnen worden in twijfel getrokken, schijnt wel aanleiding te hebben gegeven tot deze uitdrukkelijke bepaling, die men ook aantreft in art. 1702 *C. N.* En dat die twijfel werkelijk in vroeger tijd wel eens geopperd is, kan blijken uit *l.* 10 *C. loc. cond.* Waar partijen echter het voortdurend bestaan der huur om deze of om andere redenen enkel tot hare personen willen bepalen, staat het haar vrij door een uitdrukkelijk beding daarin te voorzien, en de wet kan dus gerust ook daarom den algemeenen regel als regt laten bestaan.

§ **920**. Hetzelfde wordt geleerd door DE GROOT, *Inl.* III, 19, 16, en in art. 1743 *C. N.* Het voorschrift is voornamelijk gemaakt in het belang van den landbouw. De landman toch zal zich met meer vlijt en ijver op de bebouwing van het gehuurde land toeleggen, als hij zeker weet, dat hij de vruchten van zijnen arbeid zal oogsten, dan wanneer hij ieder oogenblik vreezen moet door eenen nieuwen kooper verjaagd te worden. Daarentegen is niemand genoodzaakt te koopen, als hij niet wil. De koopers kunnen vooraf onderzoeken, of en voor hoe lang het goed verhuurd is, en zich daarnaar gedragen. Ons artikel gaat zelfs nog verder dan dat van den *C. N.* Het laatste gaf aan den huurder alleen dat voorregt, mits hij òf eene authentieke òf eene onderhandsche akte, doch van eene vaste dagteekening voorzien, en dus altijd eene schriftelijke akte, had. Ons artikel daarentegen is algemeen, en kan zelfs ingeroepen worden, al bestaat er slechts mondelinge huur, mits deze maar bewezen zij. Maar wat, als de huurder nog niet in het bezit of in het genot van het gehuurde getreden is? Kan in dat geval de huur door koop

verbroken worden? — Ja, volgens DELV., VII, 236, die misschien dit zijn gevoelen eenigzins kon goedmaken door de woorden: *l'acquéreur ne peut expulser le fermier*, in art. 1743 *C. N.* Wanneer toch de huurder zich nog niet op het gehuurde bevindt, kan hij daarvan niet verdreven worden, en dus is het artikel op dat geval niet van toepassing. Wat hiervan zij, bij ons gaat die redenering zeker niet door. Ons artikel bedient zich niet van die woorden, maar spreekt algemeen: door verkoop van het verhuurde wordt eene te voren aangegane huur niet verbroken, zonder eenige onderscheiding hoegenaamd. De huur is even goed aangegaan, al is de huurder nog niet in het bezit gesteld; deze heeft daarom niet minder een regt verkregen, dat hem door den willekeurigen verkoop van zijnen verhuurder niet kan ontnomen worden. — Huur gaat eindelijk even weinig te niet doordien de eigendom van het gehuurde door ruil of schenking in andere handen overgaat. Het beginsel is volkomen hetzelfde; en er zou in ieder geval eene uitdrukkelijke wetsbepaling noodig zijn, om op grond daarvan de huur voor verbroken te houden.

Te voren aangegane huur *a*).

Ten ware, enz. Art. 1744 *C. N.* legde alsdan aan den huurder altijd eene schadevergoeding toe, zelfs al was die niet bedongen. Ons artikel zegt het tegendeel, omdat het beding dat verkoop de huur zal doen eindigen, niet anders is dan eene ontbindende voorwaarde, welker vervulling geene reden tot schadevergoeding oplevert, tenzij het tegendeel bedongen zij.

Huur van huizen en huisraad.

§ 921. Dit huisraad is het pand van den verhuurder, dat voor zijne inschuld bij voorregt verbonden is, artt. 1185, 1186. De huurder, die de voorregten van de huur wil genieten, moet den verhuurder dat pand leveren, en hem in staat stellen zijn voorregt uit te oefenen.

---

a) De hooge raad beslistte bij arrest van 4 Junij 1880, *W.* n°. 4520, dat ook eene na den verkoop gesloten huurovereenkomst van een onroerend goed niet verbroken wordt, indien de huur is gesloten vóór de overschrijving der koopacte. Dit arrest is echter bestreden in een hoogstbelangrijk opstel van MR. J. KAPPEYNE VAN DE COPPELLO, in *Themis*, jg. 1884, bl 74—95.

§ **922.** Dit is eene uitzondering op den algemeenen regel van art. 1595, daarop gegrond, dat de verhuurder bij zulk eene onderhuur geen gevaar loopt, aangezien de huurder, die zelf het huis bewoont, er belang bij heeft, dat de onderhuurder het goed bewone, te meer, daar hij voor diens daden verantwoordelijk is.

§ **923.** Deze bepaling komt natuurlijk eerst te pas òf in het geval van de vorige paragraaf, òf in geval de huurder uitdrukkelijk het regt van onderhuur heeft bedongen.

§ **924.** 1°. Zie eenigen van die reparatiën opgenoemd in art. 1619. Deze zijn echter slechts als voorbeelden genoemd, en sluiten dus andere gelijksoortige niet uit. In art. 1638 van het wetboek van 1830 kwam die geheele omschrijving niet voor, doch werd alleen naar plaatselijke gebruiken verwezen.

2°. Omdat het schoonmaken der schoorsteenen alleen noodzakelijk gemaakt wordt door het gebruik, dat bij den huurder is *a*).

§ **927.** Gestoffeerde kamers. Ten aanzien van ongestoffeerde kamers gelden dus de gewone regelen.

Huur van landerijen.

§ **929.** Men heeft hier eene gewigtige uitzondering op den algemeenen regel van de artt. 1302 en 1303, omdat ook dan wanneer blijkt, dat de huurder in gebreke is zijne verbindtenissen na te komen, de huur slechts kan, maar niet behoeft te worden ontbonden. In hoe verre de omstandigheden daartoe leiden moeten, beoordeelt in iedere zaak de *judex facti.* Zie arrest van den hoogen raad van 4 Maart 1864, bij VAN DEN HONERT, afd. *B. R.*, XXVIII, 369—385; en voorts *Themis*, 1865, bl. 505—518, waar wordt beweerd, dat van deze bepaling der wet niet mag worden afgeweken door eene bepaling in de overeenkomst, dat in geval van wanprestatie, de huur *omni casu* zal zijn ontbonden, en dat wel op grond van art. 14 *Alg. Bep.* Intusschen is zulk een verbod in de wet nergens te vinden;

---

a) Maar kan hetzelfde niet gezegd worden van het schoonhouden van putten en sekreten, dat het eerste lid van art. 1620 ten laste van den verhuurder brengt? Inconsequentie van den wetgever valt m. i. hier niet te ontkennen.

en, hoe nuttig de bepaling van het artikel in het algemeen ook zijn moge, van openbare orde kan daarbij moeijelijk sprake zijn.

3°. Zie boven, *ad* § 912, 1°.

4°. Dit is eene tweede uitzondering. Behalve de wanprestatie, moet de verhuurder ook nog bewijzen, dat hij daardoor benadeeld wordt.

§ **930.** 1°. Want, als de huurder de vruchten, die ook tot pand van den huurprijs strekken, zoo lang zij op den bodem zijn (art. 1186), elders kon bergen, en dus ook buiten het verhuurde land, dan zou daardoor de verhuurder van dat pand kunnen verstoken worden.

§ **931.** De huur wordt betaald voor het genot van het gehuurde goed; waar dus dit genot ophoudt, is het billijk en natuurlijk, dat ook de verpligting vervalt tot betaling. Maar wat, indien de huur bij het aangaan der overeenkomst reeds is vooruitbetaald? Kan zij worden teruggevorderd, als de oogst mislukt? Ja. Aan afstand toch om van dit regt gebruik te maken, stilzwijgend zelfs, valt niet te denken bij een huurder, die, indien hij zich dat geval had voorgesteld, zeker niet zou gehuurd hebben. Alle de vereischten voor de eigenlijke *condictio indebiti* mogen hier niet aanwezig zijn; de huurder echter ontleent ook zijne actie niet aan art. 1397, maar uitsluitend aan dit art., dat hem van de betaling der huur ontheft, zonder onderscheid, of er al of niet vooruitbetaling heeft plaats gehad, gelijk dan ook de *ratio legis* eene zoodanige onderscheiding ten eenemale onaannemelijk maakt.

Indien hij niet, enz. Want als de winsten van volgende jaren tegen de verliezen van vroegere opwegen, dan heeft de huurder geen nadeel geleden, en zou het dus onbillijk zijn hem eenige vermindering van huurprijs toe te staan. Niettemin kan de regter hem veroorloven, om voorloopig, naar mate van het geleden verlies, een gedeelte der huurpenningen in te houden, art. 1628, behoudens vergelijking, na het einde van de huur. Maar wat, als de verhuurder vrijwillig in zulk eene voorloopige vermindering heeft toegestemd? Verliest hij daardoor het regt van vergelijking, indien de volgende jaren meer dan de gewone oogst opleveren? —

Neen: *nemo facile donare praesumitur.* *L.* 15, § 5 *D. Loc cond.* DELV., VII, 248.

§ **932.** 1°. Want dan zijn zij zijn eigendom geworden en geldt dus de regel: *res perit domino a*).

Indien echter, enz. Om denzelfden regel: de verhuurder wordt door dit beding mede-eigenaar van de vruchten *b*).

§ **934.** De inzameling der vruchten is de eenige reden, waarom hij zich tot het betalen van den huurprijs heeft verbonden. Maar volgt hieruit nu, dat de mondelinge huur na de inzameling van regtswege eindigt, ook zonder opzegging? — Neen. Art. 1607, voorkomende in de afdeeling houdende regelen gemeen aan verhuringen van huizen en landerijen, zegt uitdrukkelijk het tegendeel. Aan eene uitzondering is niet te denken, juist omdat die hier niet gemaakt wordt, maar omdat integendeel de bepalingen van dit artikel zeer goed zijn overeen te brengen met den regel van art. 1607. Hier wordt alleen geleerd, voor hoe lang de huur gerekend wordt te zijn aangegaan; maar daardoor wordt het vereischte van opzegging niet uitgesloten, voor zoo ver dat elders gevorderd wordt.

Huur van diensten en werk, of van dienstboden en werklieden.

§ **938.** Het zou in strijd zijn met de natuurlijke vrijheid van den mensch, indien de één aan den ander levenslang zijne diensten kon verbinden. Zulk een beding zou ontaarden in eene wezenlijke slavernij voor den verhuurder *c*). Zie voorts over dit geheele onderwerp naar het Fransche regt: DURANTON, XVIII, 226—239; DELV., VII, 263, 264; HENRION DE PANSEY, *Tr.*

---

a) Door het afscheiden der vruchten van den grond, is voor den huurder het genot dat de grond hem verschaffen kon, verkregen. Met het verder lot dier vruchten heeft de verhuurder niets te maken.

b) Dat beding, ook in verband met de afscheiding der vruchten van den grond, kan den verhuurder niet tot mede-eigenaar maken. De reden is dat, waar de geheele oogst door geleden verlies verminderd is, uit den aard der zaak het daarvan aan den verhuurder verschuldigd gedeelte ook minder wordt.

c) Die reden acht ik niet juist. Zie mijne noot boven bl. 36. Het doel der bepaling moet veeleer, gelijk OPZOOMER, *B. W.*, bl. 418 beweert, gezocht worden in het verlangen van den wetgever om tegen ligtzinnigé verbindtenissen te waken, waartoe vooral lieden van den dienstbaren stand zich zoo ligt laten verleiden.

de la comp. du juge de paix, *chap* 30; LAURENT, *Princip.*, d. XXV, bl. 540—575; *Regtsg. Bijdr.*, VII, 69—84; alsmede een vonnis der voormalige Regtbank van eersten aanleg te Rotterdam, medegedeeld in *het Regt in Ned.*, I, 325, 326; en over het hedendaagsche dienstboden-regt, *Themis*, 1839, bl. 271—289; 1871, bl. 591—613, en A. C. W. WITTERT, *Over het Ned. dienstboden-regt*, Leiden 1860, en eindelijk over de huur van werklieden meer bijzonder de wet van 22 *Germ.*, *an* XI, en het Arr. van 9 *Frim.*, XII, bij FORTUIN, II, I, 249—251, 279—282. De hooge raad leidt uit de bepaling, dat men zijne diensten alleen kan verhuren voor een bepaalden tijd, de zonderlinge gevolgtrekking af, bij een arrest van 29 November 1850, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XII, 175—193, dat hij die zijne diensten verhuurt, niet, in de plaats van eene jaarlijksche bezoldiging, gedurende den diensttijd, zou mogen bedingen eene levenslange belooning, te betalen zelfs nadat zijne diensten zullen zijn geeindigd; en dat althans zulk een beding zou moeten worden aangemerkt als eene schenking niet verbindende voor de erfgenamen van den meester, wanneer daarbij niet de wettige vormen van schenkingen zijn in acht genomen. Zulk een verbod staat echter in geene wet geschreven; er zou ook geene denkbare reden voor zijn. En aan schenking valt wel het allerminst te denken, zoodra de bezoldiging gegeven wordt tot belooning van gepresteerde of nog te presteren diensten en dus niet om niet. Art. 1703.

§ **939.** Des gevorderd met eede gesterkt. Deze woorden zijn eerst bij de laatste herziening in het artikel gekomen. — Art. 1657 van het wetboek van 1830 zeide: op zijn woord; art. 1781 *C. N.*: *sur son affirmation.* — De reden van deze bepaling is voor het overige, omdat de diensthuur-contracten gewoonlijk mondeling worden aangegaan, en omdat de dienstboden niet gewoon zijn aan hunne meesters quitantie voor het voldane loon te geven, en dit zelfs dikwijls niet kunnen, omdat zij niet kunnen schrijven. Men moest dus wel, wilde men menigvuldige regtsgedingen over veelal nietige belangen voorkomen, en de schandalen, waartoe deze aanleiding kunnen geven, ver-

mijden, aan den eed van éene der partijen volledig geloof hechten. — De meester behoeft echter geen eed aan te bieden, integendeel hij wordt op zijn woord geloofd. Zijne verklaring strekt tot volledig bewijs, en behoeft slechts, des gevorderd, met eede te worden gesterkt. De wederpartij heeft dus het regt om den eed te vorderen; verlangt zij dien niet, dan is de enkele verklaring van den meester voldoende.

Uit het oogpunt der billijkheid is zeker op deze bepaling wel het één en ander af te dingen. Daarentegen heeft het ook zijne bezwaren voor deze zaken de gewone bewijs-théorie aan te nemen; en de moeijelijkheid bestaat juist hierin om iets beters in de plaats daarvoor te vinden. In België heeft men dit in de jaren 1866 en 1867 te vergeefs beproefd. Men vindt echter eenige bruikbare denkbeelden daarvoor in *Themis*, 1872, bl. 46—73. In Frankrijk is het gelijkluidend art. 1781 *C. N.* onder de regering van NAPOLEON III ingetrokken *a*). — Over den zin van art. 1638 vindt men eene verhandeling in *Nieuwe Bijdr.*, 1873, bl. 160—218, waarin o. a. geleerd wordt, dat tegen de verklaring van den meester tegen-bewijs wordt toegelaten. Dat is echter zoo niet. De woorden de meester wordt geloofd sluiten ieder denkbeeld daarvan uit. Alles wat men vorderen kan is de eed. De eenige uitzondering is misschien, als er eene schriftelijke overeenkomst is; of liever op deze zeer zeldzame gevallen is het artikel niet van toepassing. Even weinig aannemelijk schijnt wat de schrijver beweert, dat de regter ambtshalve aan den meester den eed zou kunnen opleggen, als de dienstbode het niet vordert. De partij niet de regter treedt als vorderende partij in het geding op.

1°. Maar wat nu, indien de meester beweert, dat het loon, bij schriftelijke acte oorspronkelijk vastgesteld, bij een later mondeling beding is gewijzigd? Eene overeenkomst bij geschrift aangegaan kan worden veranderd of herroepen bij eene tweede,

a) Dit is geschied bij de wet van 2 Aug. 1868, *Bull. des Lois*, n°. 1623. Een afkeurend oordeel over de artt. 1638 en 1639 sprak o. a. Mr. G. BELINFANTE uit in *Themis*, jg. 1868, 341—361 en Mr. G. J. GRASHUIS, *ibid.*, jg. 1876, bl. 183—194.

zelfs mondelinge overeenkomst. De meester echter, die zich tot zijne verdediging op eene andere overeenkomst beroept, moet daarvan natuurlijk het bewijs leveren. Maar hij moet dit leveren op de gewone wijze door de wet voorgeschreven, d. i. voor eene vordering als deze, door zijne eigen verklaring, des gevorderd echter met eede gesterkt. Zie meer hierover *Regtsg. Adv.* II, 103—108, en de schrijvers, dáár aangehaald *a*).

§ **940.** Het Fransche wetboek zweeg geheel over het regt van meesters, om de dienstboden vóór het einde van den huurtijd weg te zenden, en van deze laatsten om hunne dienst te verlaten. Het gevolg daarvan was geweest, dat sommigen op diensthuur-overeenkomsten de algemeene regtsbeginselen omtrent verbindtenissen toepasten, en hieruit afleidden, dat noch de meester zijne dienstboden tusschentijds konde wegzenden, noch deze hunne dienst verlaten, zonder zich schuldig te maken aan verbreking van het contract, en zich bloot te stellen aan eene regtmatige actie tot vergoeding van schaden, kosten en interessen; terwijl anderen daarentegen van meening waren, dat nog bij voortduring aan de oude keuren en ordonnantiën omtrent dit onderwerp, die inzonderheid den dienstboden minder gunstig waren, kracht van wet of althans van gewoonte moest worden gehecht. Ons artikel heeft bepaaldelijk het doel: 1°. om die vragen voor het vervolg af te snijden; 2°. om de oude keuren en ordonnantiën, op dit stuk bestaande, definitivelijk buiten werking te stellen. — Breedvoerig werd dit onderwerp, de opzegging van diensthuur-contracten, behandeld in artt. 2661—2668 van het ontwerp van 1820, waar (art. 2667) als wettige redenen voor den dienstbode, om zijne dienst te verlaten, worden opgegeven: als hij niet behoorlijk voorzien wordt van den bedongen kost, inwoning en verder onderhoud; wanneer hij door zijnen meester door dadelijkheden mishandeld of daarmede bedreigd wordt; als de meester

a) Dit acht ik in strijd met hetgeen de Schr. der *Handl.* op de vorige bl. beweert, dat bij het bestaan van eene schriftelijke overeenkomst, het artikel niet van toepassing is. Ten opzigte van het bestaan der nieuwe overeenkomst, waarbij het vroeger bedongen loon is gewijzigd, is, voor zooverre het bewijs daarvan in het algemeen toelaatbaar is (waaromtrent vgl. *beneden* ad § 1157 *sub* 2°.), de meester aan de gewone bewijsmiddelen gebonden. Art. 1638 is daarop niet van toepassing.

zich grove onbetamelijkheden tegen hem veroorlooft, enz. De tegenwoordige wet houdt daaromtrent niets in, maar laat in iedere zaak aan den regter ter beoordeeling over, of de aangevoerde redenen al of niet wettig zijn. — Dat voor het overige art. 1639 geene bepaling is van openbare orde, en dat daarvan bij overeenkomst kan worden afgeweken, is op juiste gronden geoordeeld door den hoogen raad bij arrest van 11 December 1868, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXIII, 182—194.

§ **941.** Dit is de beteekenis en de eigenlijke ware bedoeling van art. 1639. Wel is waar, in het eerste lid van dit artikel wordt gezegd: dienst- en werkboden mogen, indien zij voor eenen bepaalden tijd gehuurd zijn, niet worden weggezonden vóór dat de tijd verstreken is, zoodat men uit de bloote lezing dezer woorden geheel iets anders zou opmaken. Doch in het derde lid van hetzelfde artikel volgt: de meester is echter bevoegd om hen TE ALLEN TIJDE, zonder het aanvoeren van redenen, weg te zenden. Het valt dan ook eigenlijk niet te ontkennen, dat de wet zich hier in één en hetzelfde artikel tegenspreekt. En men zegge niet: dit derde lid is slechts eene uitzondering; dit zou waar kunnen zijn, wanneer het in één of zelfs in meer gevallen aan den meester die bevoegdheid gaf. Maar, wanneer, zoo als hier, de uitzondering den geheelen regel omverwerpt; wanneer de uitzondering zoo onbegrensd is, dat de regel in geen geval kan worden ingeroepen, dan houdt de uitzondering op uitzondering te zijn, en dan wordt zij zelve regel. — Doch, aan den anderen kant, de woorden mogen duister, de redactie onjuist zijn: — de zin en de bedoeling zijn niet twijfelachtig. Zij komen hierop neder: de meester kan ten allen tijde zijne dienstboden wegzenden, onder de verpligting om aan hen, behalve het verschenen loon, te betalen het niet verschenen loon voor zes weken, enz. En dit laatste alleen, wanneer de volgende twee omstandigheden te zamen loopen: 1°. dat de huur voor eenen bepaalden tijd is aangegaan; want anders kan zij ieder oogenblik door beide de partijen worden opgezegd; 2°. dat de wegzending geschiedt zonder, of zonder wettige redenen; want als daarvoor wettige redenen bestaan, dan

komt er geene schadeloosstelling te pas. Welke die wettige redenen zijn, wordt natuurlijk hier, even als in het geval der vorige paragraaf, aan het oordeel van den regter overgelaten. Art. 2665 van het ontwerp van 1820 noemde als zoodanig: ontrouw, opzettelijke wederstreving van redelijke bevelen, verzuimen, kwade zeden, bedreigingen met woorden of daden, enz. Maar moet de meester omtrent het bestaan dezer redenen, even als in de gevallen van art. 1638, op zijn woord, des gevorderd met eede gesterkt, geloofd worden? — Neen: 1°. naar den regel is de meester, die zijnen dienstbode binnenstijds wegzendt, hem de schadeloostelling van art. 1639 verschuldigd. Beweert hij in een uitgezonderd geval te verkeeren, dan moet hij zijne exceptie op de gewone wijze bewijzen, *quia excipiendo fit actor*, en omdat daarvoor geen exceptionneel bewijsmiddel wordt toegelaten; 2°. zoowel het bepaalde bij art. 1638 als dat bij art. 1639 is eene afwijking van het gemeene regt (artt. 1282, 1902): geen van beiden is dus voor uitbreiding vatbaar; 3°. men heeft bij ons art. 1638 de drie gevallen, waarin de meester volgens art. 1781 *C. N.* op zijn woord moet geloofd worden, met een vierde vermeerderd. Had men ook dit vijfde gewild, men zou het er evenzeer hebben bijgevoegd; 4°. art. 2665 van het ontwerp van 1820 verleende aan den meester, ook in dat geval, uitdrukkelijk geloof. Men heeft die bepaling in het wetboek niet overgenomen, en daarvoor zou geen reden te bedenken zijn, indien men haar niettemin had willen behouden. — De geheele bepaling van dit artikel, en dus ook de verpligting tot schadeloosstelling eindelijk is niet alleen van toepassing, indien de dienstbode, die reeds werkelijk is in dienst getreden, wordt weggezonden, maar ook als de meester den dienstbode, dien hij wettig gehuurd heeft, niet bij zich verkiest te ontvangen. Want de *ratio legis* toont duidelijk, dat men in het algemeen heeft op het oog gehad de willekeurige verbreking van het contract door den meester; hoezeer men zich, met het oog op het meest gewone geval bediend heeft van het woord wegzenden, dat niettemin op zich zelf het geval niet noodzakelijk uitsluit, dat de dienstbode, die zich aanmeldt om, volgens zijn contract, in dienst te treden, willekeurig van de deur

wordt weggezonden of afgewezen. Zie meer *Opm. en Meded.*, IV, 14, 142—154; *Weekbl.* n°. 959.

Huur van nijverheid. Aanneming van werk.

§ **942.** Er bestaat nog eene andere soort van huur en verhuur, die namelijk, welke ontstaat uit de regten en verpligtingen van voerlieden en schippers, die bij het Wetb. van Koophandel zijn geregeld, art. 1653. De bedoelde bepalingen worden gevonden in artt. 91—99 Wetb. van Kooph.

Of wel, enz. In dit geval bestaat er, behalve de huur, ook nog eene koop-overeenkomst. De aannemer verhuurt zijn werk; hij verkoopt de stof.

§ **943.** In het eerste geval, enz. — Wanneer het werk door een bloot toeval vergaan is, verliest ieder het zijne: de aanbesteder zijne stof; de aannemer zijn werk, zijne moeite.

§ **944.** Met dat gevolg, dat het opgenomen gedeelte voor rekening van den aanbesteder komt, en deze, indien dit later door toeval vergaat, niet minder gehouden is het loon te betalen *a*). Het spreekt van zelf, dat bij overeenkomst altijd kan bepaald worden, dat het werk bij gedeelten zal worden opgenomen, al wordt het ook niet bij het stuk of bij de maat berekend. Doch de zin van het artikel is eenvoudig deze, dat bij zoodanige werken de aannemer het regt heeft, om de gedeeltelijke opneming te vorderen. *L.* 36 *C. de loc. cond.;* DELV., VII, 273.

§ **945.** De zin dezer bepaling is eenvoudig, dat de aannemer voor de deugdelijkheid van het werk gedurende de eerste tien jaren na zijne voltooijing moet instaan; niet dat ook de actie binnen tien jaren tegen hem moet worden ingesteld. Immers van eene kortere dan de gewone verjaring spreekt het artikel niet, en de regel van art. 2004 blijft dus van toepassing. Zie meer *Regtsg. Adv.* VII, 101—103 *b*).

---

a) Partijen kunnen n l. overeenkomen, dat het werk bij gedeelten zal worden opgenomen, maar dat de betaling eerst na voltooijing daarvan zal geschieden. De bevoegdheid hiertoe sluit het artikel niet uit. Het bepaalt wel dat, wanneer eenig afgewerkt gedeelte betaald is, die betaling strekt ten bewijze der opneming van dat gedeelte, maar sluit niet uit dat zoodanige opneming geschiede, zonder onmiddellijk daarop volgende betaling. De opneming kan in dat geval door de gewone bewijsmiddelen gestaafd worden.

b) Anders Mr. G. BELINFANTE, in *W.* n°. 4497.

Of zelfs, enz. De aannemer had die ongeschiktheid moeten kennen en aan den aanbesteder mededeelen.

§ **947**. De beoordeeling der hoegrootheid van die schadevergoeding staat natuurlijk aan den regter.

§ **948**. Het zijn gewoonlijk de persoonlijke bekwaamheden en kundigheden van den aannemer, waarop men het oog gehad heeft. Zijne erfgenamen behoeven bovendien zijn beroep niet uit te oefenen en kunnen dus meermalen het aangevangen werk niet ten einde brengen. — Door den dood van den aanbesteder daarentegen is de overeenkomst niet verbroken; want het is den aannemer vrij onverschillig, of hij voor deze of voor zijne erfgenamen werkt.

§ **950**. Met dat gevolg, dat zij voor hun loon eene regtstreeksche en onmiddellijke regtsvordering hebben tegen den aanbesteder. Doch wanneer zij door den aannemer gebezigd worden, kunnen zij alleen tegen deze ageren; want dan bestaat er geen *vinculum juris* tusschen hen en den aanbesteder, art. 1650. Alleen hebben zij tegen dezen laatste eene regtsvordering ten beloope van hetgeen hij aan den aannemer schuldig is, op het oogenblik, waarop zij de regtsvordering instellen, art. 1650. — De hooge raad heeft bij vier arresten in eersten aanleg en revisie gewezen van 16 December 1870 en van 22 December 1871, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.* XXXV, 223—239 en XXXVI, 308—326, het regt bij art. 1650 toegekend, uitgestrekt tot onder-aannemers, die een gedeelte van het aangenomen werk opbouwen op last van den hoofd-aannemer. Het artikel spreekt echter niet van onder-aannemers, en er bestaat een hemelsbreed onderscheid tusschen een eenvoudigen arbeider, die aan zijn meester niets anders verhuurt dan zijn handen-arbeid en den onder-aannemer. Het is bovendien duidelijk, dat een zoo geheel exceptioneel regt als hier aan den werkman gegeven wordt, moet beperkt blijven tot de gevallen door de wet uitdrukkelijk genoemd.

§ **951**. Deze bepaling, die noch in den *C. N.* noch in het wetboek van 1830 voorkwam, is overgenomen uit art. 1833 van het Holl. wetb. Nap.

TITEL VIII.

VAN HET REGT VAN BEKLEMMING.

(Art. 1654. EERSTE GEDEELTE, § 952, bl. 236.)

Geschriften: ASSER, 854, 855; VOORDUIN, V, 251—290; DIEPHUIS, VII, 342—358; DIEPHUIS, *N. B. R.*, VII, 60—94; OPZOOMER, *B. W.*, IX, 1—12; VAN HOUTEN, *Verhandeling over den Titel des B. W. van het regt van beklemming*, *enz.; Ned. Jaarb.*, VII, 5—103.

§ **952.** Men schijnt het er vrij algemeen over eens te zijn, dat het regt van beklemming behoort tot de zakelijke regten, en dit is b. v. ook de reden, waarom het met hypotheek kan worden bezwaard, art. 1210 *a*). Zie ASSER, 429. Het wordt, even als vruchtgebruik, opstal, erfpacht, en andere zakelijke regten, door overeenkomst verkregen, doch, wanneer het éénmaal bestaat, dan worden daaruit niet enkel persoonlijke verpligtingen tusschen den eigenaar en den beklemden huurder of meijer geboren, maar dan is het een regt, dat op de zaak zelve kleeft. — Ook is overeenkomst niet de eenige wijze, waarop het regt van beklemming wordt gevestigd. Het wordt, even als alle zakelijke regten, ook door andere wettige middelen verkregen, b. v. door legaat. Het heeft om deze redenen wel eenige bevreemding gebaard dit regt in het derde boek, over overeenkomsten, en niet zoo als dat van opstal, erfpacht, enz., in het tweede boek opgenomen te zien. Zie, behalve VOORDUIN op dezen titel, ook *Regtsg. Bijdr.*, IX, 214. Als reden hiervan is gegeven de groote gelijkheid, die er, volgens sommigen, tusschen beklemming en huur bestaat. — Wat nu de zaak zelve betreft, het regt van beklemming is van oudsher tot heden toe van menigvuldig gebruik geweest in de provincie Groningen, doch

---

a) Als zoodanig is het in art. 491 *Wetb. v. Burg. Regtsv.* ook vatbaar verklaard voor geregtelijke uitwinning

in de overige provinciën genoegzaam onbekend. Waarin het eigenlijk bestaat, en welke er de regtsgevolgen van zijn, daarover zijn het zelfs de Groningsche regtsgeleerden niet eens, en het behoort tot de ingewikkeldste en duisterste onderwerpen van het regt. De enkele bepaling, waaruit de titel van ons wetboek bestaat, is ook niet geschapen, om daarover veel licht te verspreiden. Wel hadden sommige leden der staten-generaal verlangd, dat men, òf op het voorbeeld van het wetboek van 1830, het geheel onaangeroerd zou laten, òf, zoo als in het eerste ontwerp (van 1816), bij artt. 2998—3053, geschied was, in meer ontwikkelingen er over zou treden, en zijn wezen, aard en gevolgen naauwkeurig beschrijven. — Het antwoord der regering was, dat men tot het eerste geene vrijheid meer scheen te hebben, nu men reeds meermalen van dat regt (zie b. v. artt. 564, 1210) had gewag gemaakt, en dat men, aan den anderen kant, door de moeijelijkheid van het onderwerp en de uitéénloopende gevoelens daarover, werd afgeschrikt om in meer ontwikkelingen te treden, en dat men schroomde den doolhof door wettelijke bepalingen, die de belangen en meeningen van velen zouden kunnen kwetsen, door te hakken. Men heeft zich daarom vergenoegd met door de enkele bepaling van het tegenwoordig artikel, dat genoegzaam met art. 2634 van het ontwerp van 1820 overeenstemt, aan het regt van beklemming als het ware een wettig bestaan te waarborgen. — Maar waarin bestaat dan nu eigenlijk dat regt van beklemming? — In art. 1575 van het Holl. wetb. *Nap.* werd het aldus omschreven: »beklemming heeft plaats, wanneer aan iemand landerijen in erfelijken huur worden uitgegeven, met beding, dat daarvoor jaarlijks een bepaalde huurprijs worde betaald, de schattingen en lasten, op het land liggende, door den huurder worden voldaan, en alle zes jaren het contract door een bepaald geschenk worde vernieuwd, blijvende de eigendom van het land aan den verhuurder." Zie *Briefw. van eenige regtsgeleerden*, enz., bl. 66, 67. — En deze bepaling schijnt in het algemeen vrij wel overeen te komen met de meest gewone wijze, waarop het regt van beklemming tegenwoordig in gebruik is. Het kan voor zes of voor minder of meer jaren, en zelfs voor altijd ge-

geven worden. Behalve de jaarlijksche huurpenningen, is de beklemde huurder ook nog tot buitengewone betalingen, onder den naam van geschenk bekend, gehouden bij iedere vernieuwing of overgang. — Die meer over dit regt verlangt te weten, zie eene volledige opgave van de schrijvers die daarover handelen bij NIENHUIS, *Voorlezing*, enz., 35—41. — Zie ook H. W. TYDEMAN, *Regtsg. Mengelw.*, 235—253; arresten van het hoog geregtshof te 's Gravenhage van 11 Junij 1824, en 17 Junij 1825; VAN HAMELSVELD (1824), *Gewijsden*, II, 61—67; III, 224—233, en de tot het eerste arrest betrekkelijke memorie van regten van FEITH, NIENHUIS, enz., Groningen, 1824 en 1831; en vooral FEITH, *het Gron. beklemregt, of verzameling van staatsresolutien, en andere tot het beklemregt betrekkelijke stukken*, Gron. 1837.

Geboren uit overeenkomst enz. *a*).

Bedongen voorwaarden. Dit is eigenlijk niet bijzonder eigen aan het regt van beklemming; het is de algemeene eigenschap van alle overeenkomsten, dat zij geregeld worden door de daarbij bedongen voorwaarden.

TITEL IX.

VAN MAATSCHAP OF VENNOOTSCHAP.

(Artt. 1655—1689. EERSTE GEDEELTE, § 953—973; bl. 236—241.)

Geschriften: ASSER, 536—541; VOORDUIN, V, 290—307; DIEPHUIS, VII, 359—442; OPZOOMER, III, 153—175; OPZOOMER, *B. W.*, IX, 15—157; LOKE, 272—292.

Algemeene bepalingen.

§ 953. Alle maatschap is dus eene gemeenschap; maar niet alle gemeenschap is maatschap. Maatschap wordt alleen uit over-

---

a) Evenals ten opzigte van de andere zakelijke regten op onroerend goed, is ook voor de vestiging van het regt van beklemming, overschrijving van den titel van aankomst in de openbare registers noodig.

eenkomst geboren; gemeenschap bestaat ook zonder overeenkomst, b. v. tusschen echtgenooten, tusschen mede-eigenaren, tusschen mede-erfgenamen vóór de scheiding en verdeeling. — De vennootschap kan, even als alle overeenkomsten, waaromtrent de wet niets anders bepaalt, zoowel schriftelijk als mondeling worden aangegaan; doch indien haar onderwerp de waarde van drie honderd gulden te boven gaat, en de overeenkomst ontkend wordt, is de bepaling van art. 1933, zoo als van zelf spreekt, toepasselijk. — Er zijn echter twee soorten van vennootschap, die niet mondeling kunnen worden aangegaan: de naamlooze vennootschap van koophandel namelijk, die alleen bij notariële, en die onder eene firma, die alleen bij schriftelijke akte kan worden aangegaan, artt. 22, 38 W. v. K. *a*). — Over de vraag of vennootschappen afzonderlijke regtspersonen zijn, zie *Themis*, 1855, bl. 206—226. Zij wordt daar ontkennend beantwoord en dat is ook de vrij algemeene leer van de nieuwere schrijvers *b*). Die leer schijnt ook *implicite* te zijn aangenomen bij een arrest van den hoogen raad van 30 Januarij 1874, *Weekbl.* n°. 3687. Daarbij is tevens beslist dat dit niet wegneemt, dat de gezamenlijke vennooten, dat is dus de vennootschap, als vereenigde personen, kunnen handelen voor de waarneming hunner gemeenschappelijke belangen, en daarvoor zelfs vorderingen in regten kunnen instellen, en dat zij in dat geval niet verpligt zijn om alle hunne namen in de dagvaarding te noemen, maar volstaan kunnen met vermelding van de benaming der tusschen hen aangegane maatschap. In gelijken zin besliste de hooge raad bij arrest van 2 Febr. 1874, *R.*, *d.* CVI, § 16.

§ **954.** De maatschap moet een geoorloofd onderwerp hebben, dat is de toepassing van den algemeenen regel van art. 1368, 1369, 1371 op de bijzondere overeenkomst: *si maleficii societas coita sit, constat, nullam esse societatem: generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem. L.* 57

---

a) Eene derde soort van vennootschap, die alleen bij notariële akte kan worden opgerigt, is de coöperatieve vereeniging; art. 4 der wet van 17 Nov. 1876 (*Stbl.* n°. 227), tot regeling der coöperatieve vereenigingen.

b) De ontkennende beantwoording vindt ook een krachtig bondgenoot in OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., bl. 25—33, alwaar intusschen verschillende schrijvers worden aangehaald, die de tegenovergestelde leer huldigen.

D. pro soc. a). Ieder vennoot moet in de maatschap geld, nijverheid of iets anders inbrengen, omdat het behoort tot het wezen der vennootschap, dat de winsten, die de vennooten beoogen, door hen verkregen worden niet om niet, maar tot vergoeding van hetgeen door ieder hunner in gemeenschap gebragt wordt, art. 1655: *donationis causa societas recte non contrahitur. L.* 5, § 2, *D. pro soc.*

§ **955**. De vennootschappen van koophandel zijn hieronder niet begrepen. Deze maken, als zoodanig, geen onderwerp uit van het Burgerlijk Wetboek. De bepalingen van dezen titel zijn echter op haar van toepassing, voor zoo verre daarvan in het Wetboek van Koophandel niet is afgeweken, artt. 1, 15 W. van K. — De bijzondere bepalingen hierover komen voor in de artt. 14—58 W. van K. *b*).

§ **956**. De reden, waarom de wet deze algemeene maatschap, zoo als die bij art. 1837 *C. N.* werd toegelaten, niet duldt, is omdat zij uit haren aard aanleiding moet geven tot twisten en oneenigheden: *societas mater discordiarum.* Zij ontaardt gewoonlijk in eene zedelooze kans-overeenkomst, want ieder der vennooten spéculeert op de verliezen van zijnen mede-vennoot. Ieder toch staat den uitsluitenden eigendom van zijne goederen af, in de hoop van zijn voordeel te vinden in den mede-eigendom van die van den ander, en één van beiden moet wel het slagtoffer van zulk eene spéculatie worden.

Van een bepaald gedeelte van deze *c*).

Verbindtenissen der vennooten onderling.

§ **958**. Over de verbindtenissen der vennooten, en over het

---

a) Niet duidelijk is het, of de wetgever hier bedoeld heeft den eisch van een bepaald onderwerp of dien van eene geoorloofde oorzaak, dan wel beide, art. 1356, 3°, 4°. Van practisch belang is dit echter niet. Ook al bepaalde het artikel daaromtrent niets, toch zou ook voor de maatschap, krachtens de algemeene bepaling van art. 1356, het bestaan van beide vereischten worden gevorderd.

b) Ook de coöperatieve vereenigingen zijn hieronder niet begrepen. Deze zijn geregeld bij de wet van 17 Nov. 1876, *Stbl.* n°. 227. Krachtens art. 1 dier wet intusschen zijn de bepalingen van dezen titel ook op deze vereenigingen van toepassing, voor zooverre daarvan in genoemde wet, en, wanneer de vereeniging zich eene handelsonderneming ten doel stelt, in het Wetboek van Koophandel niet is afgeweken.

c) B. v. de helft, een derde van al de goederen, of wel al de roerende of onroerende goederen.

beheer der maatschap, zie POTHIER, *Tr. du contr. de soc.*, 64—76, 84—137; DELV., VII, 288—307; DURANT., XVIII, 388—458; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Soc.* § 341—656; LAURENT, *Princip.*, d. XXVI, bl. 257—279, 309—371.

1°. Hij wordt daarvan schuldenaar sedert het oogenblik, dat de overeenkomst is aangegaan, met dat gevolg dus, dat, indien het in eene bepaalde zaak bestaat, zij sedert dat oogenblik voor rekening der vennootschap is, art. 1273.

3°. Men heeft hier alzoo twee uitzonderingen van de algemeene bepaling van art. 1286: 1°. de interessen loopen in het algemeen eerst sedert den dag, dat zij in regten gevraagd zijn. Hier is de geregtelijke aanvrage niet noodig, omdat het billijk is, dat de vennoot, die het genot heeft van de gelden der vennootschap, ook de interessen betale van de door hem verschuldigde som, en omdat men, zooveel mogelijk, regtsgedingen tusschen vennooten wil voorkomen; 2°. in alle verbindtenissen, om eene zekere geldsom te vragen, treden de interessen in de plaats van alle andere kosten, schaden en interessen. Hier kunnen beiden te gelijk worden gevraagd.

6°. Wanneer moet de vennoot geacht worden *in culpa* te zijn? — Niet, wanneer hij niet alle mogelijke zorg voor de zaken der vennootschap draagt; maar dan eerst, als hij daarvoor niet dezelfde zorg draagt, die hij aan zijne eigen zaken besteedt. Meer heeft men van hem niet te vorderen: *sufficit talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.* § 9 *I. de soc.*

§ **959.** Hij blijft eigenaar van die zaken, wanneer hij alleen het genot aan de vennootschap heeft afgestaan.

1°. Omdat er in de gevolgen geen onderscheid is tusschen eigendom en gebruik van verbruikbare zaken, en derhalve de vennootschap aan wie haar gebruik is afgestaan met der daad eigenaar daarvan geworden is, even als de vruchtgebruiker (art. 804), onder de verpligting, om eene gelijke hoeveelheid, hoedanigheid en waarde terug te geven.

4°. De vennoot blijft ook dan eigenaar van de zaak. Hij

wordt vooronderstelde niet zoo zeer deze, als haren prijs gemeen te hebben gemaakt.

§ **960.** 1°. Heeft hij ook aanspraak op de interessen, sedert den dag van zijn uitschot? — Ja, volgens PAULUS, *l.* 67, § 2 *D. pro soc.: si suam pecuniam dedit, non sine causa dicitur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset*, en te regt. Zoo ook bij ons, want: 1°. heeft de lasthebber regt op de interessen van gedane voorschotten, te rekenen van den dag, waarop zij gedaan zijn, art. 1847; en de vennoot, die uit eigen beurs gelden voor de vennootschap voorschiet, is niets anders dan haar lasthebber; 2°. is hij de interessen verschuldigd van de geldsommen, die hij uit de gemeene kas genomen heeft, te rekenen van den dag waarop hij die tot zijn bijzonder voordeel daaruit getrokken heeft (art. 1663). en het is dus billijk, dat hij hetzelfde regt heeft voor die gelden die hij zelf voor de vennootschap heeft uitgeschoten. Zie ook *Regtsg. Adv.*, III, 116—118. Anders echter *Weekbl.* 645.

§ **961.** Het is echter bij de wet nergens verboden, om te bepalen, dat één der vennooten een ongelijk aandeel zal hebben in de winsten en in de verliezen, b. v. een derde in de winsten, en twee derden in de verliezen.

Winsten. Voor winst wordt gehouden alles wat er bij het eindigen der vennootschap, na aftrek der verliezen, overblijft, en omgekeerd, voor verlies alles, wat er op datzelfde tijdstip te kort komt. § 2 *I. de soc.* Zie ook DELVINCOURT, VII, 288, 289; DURANTON, XVIII, 416.

§ **962.** Ook dit is eene afwijking van het gemeene regt, volgens hetwelk eene voorwaarde, bij de wet verboden, de geheele overeenkomst nietig maakt, art. 1290. Hier daarentegen blijft de vennootschap bestaan, en wordt alleen het ongeoorloofde beding gehouden voor nietig en niet geschreven *a*).

1°. Èn in het Romeinsche èn in het Fransche regt waren deze bedingen geoorloofd. *L.* 75 *D. pro soc.;* art. 1854 *C. N.* —

a) Volgens DIEPHUIS, t. a. p. bl. 400 en 401 en OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art. 1672, maakt het bij dat art. verboden beding de geheele overeenkomst van maatschap nietig.

Het verbod is zeker vreemd, en het valt moeijelijk te begrijpen, waarom de vennooten zich onderling voor de bepaling van hunne wederzijdsche aandeelen in winst en verlies niet even zoo goed op het oordeel van eenen derde kunnen verlaten, als voor die van den koopprijs (art. 1501). ASSER, bl. 539, geeft voor reden van dit verbod, dat men zich door zulk een beding als het ware onder curatele stelt, en dat men even zoo goed een huwelijk zou kunnen aangaan, onder voorwaarden, door vreemden voor te schrijven. De gevolgtrekking is misschien wat ver gezocht *a*).

2°. Het voordeel voor al de contracterende partijen moet het hoofddoel zijn van iedere overeenkomst, en vooral van eene vennootschap: *inventae sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes, ut unusquisque acquirat, quod sua interest. L.* 38 *de V. O.* — Daarom houdt de wet het beding, waarbij al de voordeelen uitsluitend aan één der vennooten besproken zijn, en dat dus regtstreeks tegen dezen regel inloopt, voor nietig en niet geschreven. De Romeinen noemden zulk eene vennootschap eene *societas leonina*, *l.* 29, § 2, *D. pro soc.;* zij hadden deze benaming ontleend aan de bekende fabel van den leeuw en het schaap, bij PHAEDRUS, *lib.* I, *fab.* 5. — Art. 1855 *C. N.* verbood op gelijken voet het beding, waarbij al de verliezen voor rekening van één of meer der vennooten gebragt werden. Deze overeenkomst echter, die vroeger nooit als eene *societas leonina* beschouwd is (*l.* 29, § 1 *D. pro soc.;* POTHIER, 12; DE GROOT, *Inl.*, III, 21, 5), wordt bij ons in art. 1672 uitdrukkelijk toegelaten *b*).

Eén der vennooten *c*).

§ **963.** Deze overeenkomst stelt eene tweede vennootschap daar, die noch ongeoorloofd is, noch voor de overige vennooten schadelijk kan zijn. Maar daar elk der vennooten over de ge-

---

a) Een althans minder onbevredigenden grond gaf de regering, volgens wie het thans verboden beding „is eene ware bron van twistgedingen, welke, althans tusschen vennooten, behooren vermeden te worden", VOORDUIN, t. a. p., bl. 295. Die grond wordt door OPZOOMER, *B. W*, ad art. 1671, gebillijkt.

b) Zie echter OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., bl. 88—92.

c) Of meerdere. De bedoeling is elk beding uit te sluiten, waarbij één of meer der vennooten van elk aandeel in de winst worden uitgesloten. DIEPHUIS, VII, bl. 400.

meene goederen niet verder dan voor zijn aandeel kan beschikken, kan hij ook aan zijne mede-vennooten geenen nieuwen vennoot opdringen: *socii mei socius meus socius non est. L.* 20 *D. pro soc.; l.* 47, § 1 *D. de R. J.* Zie ook POTHIER, 91, 92.

Beheer.

§ **965.** Omdat de last, op hem verstrekt, een gedeelte uitmaakt der overeenkomst, dat zonder toestemming van al de partijen, en dus ook van de zijne, niet kan worden ingetrokken. Maar daaruit volgt dan ook, dat de magt van beheer, later bij eene afzonderlijke acte opgedragen, als iedere lastgeving kan herroepen worden, artt. 1673, 1850, 1851.

§ **967.** 2°. Als waartoe zij gewoonlijk bestemd zijn. — Om dezelfde reden, waarom de huurder dat ook moet. Zie boven, *ad* § 912.

4°. Omdat hij daarover niet verder dan voor zijn aandeel beschikken mag. Zie boven, *ad* § 963.

Verbindtenissen der vennooten, ten aanzien van derden.

§ **969.** Dit is echter niet van toepassing op de vennootschappen onder eene firma. Art. 18 W. van K.

§ **970.** Zij, die met de vennootschap handelen, kunnen noch behoeven te onderzoeken, welk aandeel ieder der vennooten daarin heeft.

§ **971.** De schuldenaar weet, dat hij met de vennootschap gehandeld heeft, en het is dus billijk, dat hij jegens haar verbonden wordt. Maar omgekeerd verbindt het beding, dat eene handeling voor rekening der vennootschap is aangegaan, alleen den vennoot, die haar gesloten heeft (art. 1681), omdat het gebeuren kan, dat hij buiten weten en kennis zijner mede-vennooten gehandeld heeft.

Wijzen waarop de maatschap eindigt.

§ **972.** Over de wijzen, waarop de vennootschap eindigt en over de verdeeling, zie POTHIER, 138—180; DELV., VII, 307—316;

DURANTON, XVIII, 459—481; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Soc.* § 637—664; LAURENT, *Princip.*, d. XXVI, bl. 371—423.

2°. Door de vernietiging der zaak. Wanneer zij nog niet de eigendom der vennootschap geworden is. Want is zij dit reeds, dan komt het verlies voor rekening van de vennootschap, zonder dat deze daarom ontbonden wordt *a*). Doch de vennootschap wordt, volgens art. 1685, wèl ontbonden, indien de zaak, die één der vennooten beloofd heeft in gemeenschap te zullen brengen, vergaat vóór dat dit geschied is. Dit is dus eene afwijking van den regel, bij art. 1273 vastgesteld, volgens welken bij eene verbindtenis, om eene bepaalde zaak te leveren, deze van het oogenblik der verbindtenis voor rekening van den schuldeischer is; eene afwijking, waarvan moeijelijk reden is te geven. De bepaling van ons artikel, dat volkomen overeenstemt met art. 1867 *C. N.*, is eigenlijk afkomstig uit *l.* 58 *Pr. D. pro. soc.* In deze wet wordt het geval behandeld van twee personen, de één eigenaar van één, de ander van twee paarden, die overeenkomen, deze drie paarden te zamen te verkoopen. Wanneer nu het éene paard sterft, zegt de wet verder, vóór dien verkoop, dan is de vennootschap ontbonden, en voor reden daarvan wordt gegeven: *non enim habendae quadrigae, sed vendendae initam societatem.* Maar voegt ULPIANUS er bij: *caeterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.* Deze onderscheiding nu wil TOULLIER, VII, 456—459, ook in het Fransche regt nog doen gelden; en hij tracht deze zijne

---

a) Zoo bepaalt het art. 1685. Maar dat artikel ziet op een ander geval dan dat bedoeld in art. 1683, 2°. Het eerste regelt het geval dat, na het vergaan der zaak, die een der vennooten moest inbrengen of heeft ingebragt, er nog iets blijft bestaan, dat het onderwerp der maatschap uitmaakt. Het laatste behandelt het geval dat alles wat het onderwerp der maatschap uitmaakte, hetzij dit een hetzij dit meer zaken waren, is verloren gegaan. Alsdan eindigt de maatschap, bij gebreke aan onderwerp. De juistheid van deze beperkte opvatting van art 1685 blijkt uit zijne slotbepaling. Waar toch de zaak die vergaan is, de eenige was die het onderwerp der overeenkomst uitmaakte, is het voortbestaan der vennootschap, ook dan wanneer de eigendom der zaak reeds in de maatschap is ingebragt, ondenkbaar, omdat eene maatschap niet kan blijven bestaan, zonder een onderwerp te hebben. OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., ad art. 1683.

meening vooral te verdedigen door gronden, geput uit de leer van het Fransche regt, dat de enkele verbindtenis eigendomsovergang te weeg brengt. Daar dit nu bij ons het geval niet is, en art. 1685 overigens geenen grond hoegenaamd voor die onderscheiding oplevert, kan men die ook bij ons niet aannemen, en blijft er niets over dan met JULIANUS (*l.* 20 *D. de legib.*) te zeggen: *non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* — Zie voorts over art. 1685, *Themis*, 1861, bl. 379—405.

Vernietiging *a*).

3°. Al weder eene uitzondering van het gemeene regt (art. 1374), daarop gegrond, dat uit eene vennootschap, waarin men genoodzaakt wordt, ondanks zich-zelven, te blijven, niets dan twisten en onheilen te voorzien zijn. Men gaat niettemin te ver, indien men met een arrest van den hoogen raad van 13 December 1861, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXVI, 92—104, daaruit wil afleiden, dat het regt van opzegging is eene zaak van algemeen maatschappelijk belang, en dus van openbare orde, waarvan men bij de overeenkomst geen afstand kan doen. Dat zij in meerdere of mindere mate van maatschappelijk belang zijn, kan men van alle wetten zeggen; maar waarom de openbare orde er door zou lijden, indien de vennooten van het regt van opzegging, dat de wet hun geeft in hun belang, afzien, is moeijelijk te verklaren *b*). — Om de vennootschap op die wijze te doen eindigen, moet zij echter uitdrukkelijk worden opgezegd, omdat, indien er geen tijd bepaald is, zij geacht wordt aangegaan te zijn voor het geheele leven der vennooten, gelijk dit uitdrukkelijk bepaald was bij art. 1844 *C. N.;* met dat gevolg, dat zij van regtswege eerst ophoudt te bestaan met den dood van één der vennooten: *nulla societatis in aeternum coitio est. L.* 70 *D. pro soc.*

---

a) Men heeft dit in ruimen zin op te vatten. Teregt merkt DIEPHUIS, t. a. p., bl. 429, op: „dat hier onder vernietiging niet alleen verstaan moet worden het vergaan der zaak, maar alles, waardoor de maatschap daarvan wordt beroofd, waardoor zij dus voor deze als vernietigd wordt; met name ook de onteigening ten algemeenen nutte".

b) Anders echter, wat dit laatste betreft, DIEPHUIS, t. a p., bl. 437, 438, en OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., bl. 146.

a. B. v. wanneer één der vennooten, wetende dat er een voordeelige koop voor de vennootschap te sluiten is, haar opzegt, ten einde de winsten alleen voor zich-zelven te houden. Deze opzegging geschiedt te kwader trouw, en hij, die haar gedaan heeft, moet de winsten met zijne mede-vennooten deelen. Doch valt de koop ongunstig uit, dan kan hij zich niet op de nietigheid zijner opzegging beroepen, ten einde het verlies door de vennootschap te doen dragen. *L.* 65, § 3 *D. pro soc. a*).

b. B. v. als de vennootschap is opgerigt om eene zekere onderneming ten uitvoer te brengen, en daarvoor reeds gelden besteed zijn.

4°. ***Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit, sed et si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit.*** § 5 *I. de soc.* De reden is dat men bij het sluiten eener vennootschap dikwijls meer bijzonder let op het karakter, de persoonlijke hoedanigheden en de kundigheden van den mede-vennoot of één hunner. Volgens het Romeinsche regt kon men zelfs niet bedingen, dat zij met de erfgenamen zou worden voortgezet. *L.* 35, *l.* 59, *l.* 65, § 11 *D. pro soc.*

Erfgenaam *b*).

---

a) Men leide hieruit intusschen niet af, dat de nietigheid van de opzegging afhankelijk zou zijn van den al dan niet voordeeligen uitslag der handeling ondernomen door den vennoot, die de opzegging heeft gedaan, en dat de opzegging slechts betrekkelijk nietig zou zijn, zoodat de overige vennooten daardoor wel van hem die de opzegging heeft gedaan, maar niet deze van genen ontslagen zou zijn. Zie DIEPHUIS, t. a. p., n°. 991, en OPZOOMER, *B. W.*, t. a. p., bl. 145, noot 1. Zeer juist merkt eerstgenoemde Schr. op: "Het ligt in den aard der zaak, dat de vennoot, die de opzegging heeft gedaan, zich niet op hare ontijdigheid noch op zijne kwade trouw kan beroepen; de opzegging door hem gedaan houdt stand, zoo zij niet door andere vennooten wegens ontijdigheid of kwade trouw wordt bestreden. Zij werkt in dat geval zoowel in het voordeel als in het nadeel van den vennoot, die opgezegd heeft. Doch zoo zij bestreden en door den regter van onwaarde verklaard wordt, dan heeft zij geene ontbinding ten gevolge, en blijft de maatschap bestaan; maar nu ook weder evenzeer ten voordeele als ten nadeele van den vennoot."

b) Zoodanig beding bindt ook den minderjarigen erfgenaam. Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 31 Jan. 1877, R., d. CXV, § 15.

TITEL X.

VAN ZEDELIJKE LIGCHAMEN.

(Artt. 1690—1702. EERSTE GEDEELTE, § 974—985, bl. 241, 242.)

Geschriften: ASSER, 541—548; VOORDUIN, V, 308—323; DIEPHUIS, VII, 443—469; VAN HALL, 123—125; DIEPHUIS, *N. B. R.*, I, 374—417; DONKER CURTIUS, *Vrijmoedige aanmerkingen*, enz., 353—365; LOKE, 310—313; T. GRAHAM VAN GORKUM, *Diss. de corp. mor.*, L. B. 1839; J. POLS, *Diss. de corporib. moralib.*, L. B. 1849; *Ned. Jaarb.*, VII, 581—607; VIII, 625—649.

§ **974.** Een zedelijk ligchaam wordt door onze wet beschouwd als eene soort van maatschap; dáárom vangt art. 1690 aan met te zeggen: behalve de eigenlijke maatschap, erkent de wet, enz. En daarom volgt de titel over zedelijke ligchamen onmiddellijk op dien van vennootschap. Werkelijk echter is het zedelijk ligchaam zoo weinig eene maatschap, dat het, daargelaten nog de zeer verschillende regtsgevolgen, onafhankelijk van alle overeenkomst bestaan kan en bestaat. Zie overigens over de plaatsing van dezen titel, die noch in den *C. N.*, noch in het wetboek van 1830 voorkwam, boven, eerste ged., bl. 188, 189. — Het is dan ook duidelijk, dat welke groote gelijkheid er overigens tusschen beiden bestaan moge, men zich echter wel wachten moet, om de wetsbepalingen over vennootschappen op zedelijke ligchamen toe te passen; want dit te voorkomen was juist een voornaam doel van den tegenwoordigen titel. Integendeel worden de regten en verpligtingen der leden van zedelijke ligchamen uitsluitend geregeld door de openbare verordeningen of door hare eigen instellingen, overeenkomsten en reglementen, en, voor zoo verre die ontbreken, naar de bepalingen van dezen titel, art. 1697. Deze laatste bepalingen zijn grootendeels geput uit den tit. *D. qu. cujusq. univ.* Blijkens de omschrijving van art. 1690 zijn er twee soorten van zedelijke ligchamen, die in sommige opzigten

aan geheel verschillende voorschriften onderworpen zijn: 1°. die op openbaar gezag als zoodanig zijn ingesteld of erkend, als daar zijn: de staat, de provinciën, de gemeenten, de dijk- en polderbesturen, kerkgenootschappen enz.; die allen altijd gemakkelijk te onderscheiden zijn van de gewone vennootschap, die buiten inmenging van het openbaar gezag, alleen door overeenkomst wordt opgerigt, art. 1655; 2°. die als geoorloofd zijn toegelaten, of alleen tot een bepaald oogmerk, niet strijdig met de wetten of met de goede zeden, zijn zamengesteld. Moeijelijker is het misschien deze niet met eene gewone vennootschap te verwarren. Behalve de verschillende gevolgen, die beiden te weeg brengen, en waarvan in het vervolg blijken zal, schijnt het kenmerkend onderscheid daarin gelegen te zijn, dat men zich bij eene gewone vennootschap meestal geldelijke voordeelen voorstelt (art. 1655), terwijl een zedelijk ligchaam gewoonlijk bloot zedelijke belangen ten doel heeft. Tot deze laatste behooren b. v. vereenigingen tot uitoefening van liefdadigheid en onderstand aan behoeftigen, bijeenkomsten tot beoefening van kunsten en wetenschappen, of tot onderlinge beschaving of tot uitbreiding van nuttige kundigheden, zelfs enkel gezellige vereenigingen enz. *a*) Vooral moet men zorg dragen de zedelijke ligchamen niet te verwarren met de naamlooze vennootschappen van koophandel. Over dit onderwerp verdient vooral gelezen te worden eene verhandeling, voorkomende in *Themis*, 1841, bl. 143—164. De leden dezer laatste soort, even als ook die der eerste soort, nemen wel gemeenlijk bij de reglementen, overeenkomsten, enz. sommige burgerlijke verbindtenissen, als het betalen van geldelijke bijdragen, enz. op zich; maar deze strekken alleen om het ligchaam in stand te houden, zij zijn niet het hoofddoel der vereeniging. De zedelijke ligchamen der laatste soort, hetzij die bij overeenkomst of op andere wijze zijn opgerigt, zijn door haar enkel bestaan wettige ligchamen, zonder dat daartoe eenige erkenning of toelating van het openbaar gezag noodig is; en zon-

---

a) Over het onderscheid tusschen de maatschap en het zedelijk ligchaam, zie GOUDSMIT, *Pandecten*, I, bl. 65—67, en FAURE, in *Rechtsgel. Mag.*, jg. 1883, bl. 311—317.

der dat het kan worden geweerd of ontbonden, zoo lang niet blijkt, dat het tot een ongeoorloofd oogmerk, strijdig met de wet of de goede zeden is zamengesteld. Zoo ten minste is het naar de voorschriften van dezen titel. Zie echter de wet van 22 April 1855 (*Stbl.* n°. 32), die van alle vereenigingen, na hare afkondiging opgerigt, vordert de erkenning, hetzij van de uitvoerende, hetzij van de wetgevende magt. Die wet is echter niet van toepassing op vereenigingen, die vóór dat zij in werking is getreden, bestonden, art. 15 *a*). Zie voorts over de kerkgenootschappen in het bijzonder, de wet van 10 September 1853, *Stbl.* n°. 102.

§ **975.** *L.* I, § 1 *D. qu. cujusq. univ.* Het zedelijk ligchaam, de zedelijke persoon heeft in het algemeen dezelfde bevoegdheden als de bijzondere persoon, voor zoo verre het daarvan niet is uitgesloten, en onder de wijzigingen, in de wet of de bijzondere verordeningen, reglementen, of overeenkomsten voorkomende *b*). Want hoezeer het artikel eigenlijk alleen gewaagt van openbare verordeningen, spreekt het evenwel van zelf, dat ook bij de bijzondere overeenkomst zeer goed kan worden bepaald, dat zekere overeenkomsten òf niet, òf niet dan met inachtneming van zekere vormen of voorwaarden voor of namens het zedelijk ligchaam zullen mogen worden aangegaan. De wet bepaalt niets omtrent het getal der personen voor de oprigting van een zedelijk ligchaam benoodigd: twee zijn daartoe genoeg, en het *tres faciunt collegium* van NERATIUS (*l.* 85 *de V. S.*) geldt hier dus niet *c*).

---

a) Volgens de genoemde wet van 1855, gewijzigd bij de wet van 14 Sept. 1866 (*Stbl.* n°. 123), wordt voor de oprigting eener vereeniging geen voorafgaande magtiging gevorderd. De erkenning behoeft zij alleen om als regtspersoon te kunnen optreden, ten einde op eigen naam burgerlijke handelingen te kunnen aangaan, en een eigen vermogen, afgescheiden van dat harer leden, te kunnen hebben.

b) Er is nog eene andere beperking, die een noodzakelijk gevolg is van den aard van het zedelijk ligchaam als regtspersoon. Zijne regtsbevoegdheid openbaart zich alleen ten aanzien van het vermogen. Met hem kunnen niet verbonden worden zoodanige betrekkingen, welke het feitelijk bestaan eens menschen tot onmisbare voorwaarde hebben. Zedelijke ligchamen kunnen derhalve geen familieregten uitoefenen; erfopvolging bij versterf kan niet plaats hebben ten voordeele van een zedelijk ligchaam.

c) Volgens art. 876 ontw. 1820 werden ten minste drie personen vereischt.

2°. Dit. Derhalve het ligchaam en niet zijne individuele leden. Daaruit volgt, dat voor die verbindtenissen alleen de goederen van het zedelijke ligchaam, niet die van zijne leden, aansprakelijk zijn, art. 1698: *si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent. L.* 7, § 1 *eod.*

3°. Indien er een verhoor van partijen in regten gelast wordt, benoemen de besturen der zedelijke ligchamen één hunner leden, om op de beteekende vraagpunten te antwoorden, bij eene bijzondere volmagt, waarbij de antwoorden opgegeven en waarachtig verklaard worden, art. 242 W. van B. R.

§ **977.** Dan bij het slot des vorigen artikels is bepaald, zegt art. 1694. Dat zou welligt aanleiding kunnen geven om te beweren, dat daarbij alleen bedoeld wordt het geval der *ratihabitie*, en niet tevens dat, wanneer het ligchaam door die handeling werkelijk is gebaat. De uitdrukking moge eenigzins dubbelzinnig zijn, maar het spreekt van zelf, dat dit de bedoeling niet is. Er zou geen reden voor zulk eene onderscheiding denkbaar zijn.

§ **979.** Onverschillig of al de leden bij de stemming zijn tegenwoordig geweest of niet. Zij, die afwezig zijn gebleven, worden geacht zich met de meerderheid te vereenigen; zij hadden kunnen opkomen, en, door dit na te laten, hebben zij stilzwijgend afstand gedaan van het regt om hunne stem uit te brengen. Bij de reglementen of statuten der meeste zedelijke ligchamen is voorzien in het geval van staking der stemmen. Kan men, waar dit het geval is, aan den voorzitter eene beslissende stem geven? Ja, want hetgeen dit artikel bepaalt, dat ieder lid GELIJK regt heeft om zijne stem uit te brengen, en het besluit bij MEERDERHEID van stemmen wordt opgemaakt, is juist geschreven alleen voor het geval, dat daaromtrent bij de overeenkomsten of reglementen niet anders is voorzien; en eene zoodanige bepaling, die zeker niets onzedelijks bevat, is bij geene wet verboden.

§ **980.** Zie boven, *ad* § 974.

§ **981.** Zie boven, *ad* § 975.

§ **982.** *L.* 7, § 2 *eod.* Het staat overigens aan elk lid vrij

om afstand te doen van zijn regt van lidmaatschap, welk ook het doel, welke de aard van het zedelijk ligchaam zij, voor zoo verre ten minste bij de statuten of overeenkomsten, waaraan men zich heeft onderworpen, het tegendeel niet uitdrukkelijk bepaald is. Zoo ook kan ieder afstand doen van zijn burgerschap, van zijn inwoningsregt in eene provincie of gemeente; zoo mag men zijn ontslag nemen uit een bestuur, waarin men zitting heeft, enz. Maar het ligchaam zelf blijft bestaan tot het wettig is ontbonden, al hadden ook al de leden afstand gedaan, of al waren ook allen overleden. De slotbepaling van het artikel voorziet in dit geval, door aan den regter op te dragen de noodige maatregelen in het belang van het zedelijk ligchaam voor te schrijven.

§ **983.** De Romeinsche regtsgeleerden leerden, dat eene *universitas* door één lid kon blijven bestaan. *L.* 7, § 2 *eod.*, *l.* 76, *D. de jud.;* Voet, *ad tit. D. qu. cujusq.*, 1. Daaruit scheen dan integendeel te volgen, dat zij te niet ging, als er geen één lid meer overbleef. En zoo schijnt het ook bij ons te moeten begrepen worden. Als er toch geen enkel lid meer overblijft, is er geene vereeniging van personen en dus geen zedelijk ligchaam meer, en de bepaling van art. 1699, die alleen geschreven is voor zedelijke ligchamen op openbaar gezag ingesteld, wordt hier niet herhaald.

§ **984.** Anders is het in eene gewone vennootschap, die wel is waar niet tusschen de erfgenamen voortduurt, maar waarvan zij deelen in de winsten en verliezen, die de noodzakelijke gevolgen zijn van verrigtingen, die vóór het overlijden van den erflater hebben plaats gehad, art. 1688. Hier integendeel komen die winsten en verliezen geheel voor rekening van het zedelijk ligchaam *a*).

§ **985.** *Jus omnium in unum recidit. L.* 7, § 2 *eod. b*).

---

a) Ook de bezittingen van het zedelijk ligchaam blijven zijn eigendom, en na het overlijden van een lid, kunnen zijne erfgenamen geen aanspraak maken op een deel daarvan. De erfgenaam van een vennoot daarentegen kan opvorderen het aan zijn erflater toekomend deel in de bezittingen der vennootschap, art. 1688.

b) De schulden van het zedelijk ligchaam zijn niet die van zijne leden. Deze zijn daarvoor dus niet aansprakelijk in hunne eigene goederen. Evenmin behooren

En is op hen, enz. Dat is, zij staan gelijk met bénéficiaire erfgenamen, met dat onderscheid echter, dat zij *ipso jure* in dien toestand geraken, terwijl de erfgenaam, die onder het voorregt van boedelbeschrijving aanvaarden wil, daarvan eene uitdrukkelijke verklaring moet uitbrengen. art. 1075.

TITEL XI.

VAN SCHENKINGEN.

(Artt. 1703—1730. EERSTE GEDEELTE, § 986—1003, bl. 243—246.)

Geschriften: ASSER, 548—560; VOORDUIN, V, 324—356; DIEPHUIS, VIII, 1—90; OPZOOMER, III, 175—183; LOKE, 847—866; J. F. DART, *Diss. de don. inter vivos, sec. C. N., nec non secundum nostrum nov. Cod.*, L. B. 1830.

Algemeene bepalingen.

§ **986**. De schenking is eene *mera liberalitas*. Voor den schenker bestaat geene andere schuld-oorzaak, dan zijn eigen vrije wil en milddadigheid, want niemand kan tot het doen van schenkingen verpligt worden, *donatio videtur quod nullo jure cogente conceditur. L.* 29, *Pr. D. de don.* Wanneer echter eenmaal de schenking is gedaan en aangenomen, dan ontstaan daaruit, even als uit iedere andere overeenkomst, tusschen schenker en begiftigde wederzijdsche regten en pligten. De schenkingen na doode of legaten kunnen ieder oogenblik worden herroepen, de schenking onder de levenden daarentegen is onherroepelijk volgens den ouden Franschen regtsregel *donner et retenir ne vaut.* Deze onherroepelijkheid behoort zoo zeer tot het wezen der overeenkomst, dat eene schenking met beding, dat zij door den

---

de goederen van het ligchaam zijne leden toe. Daaruit volgt dat bij ontbinding van het ligchaam, zijne goederen aan niemand toebehooren. Vermits echter zij, die op het tijdstip der ontbinding, leden van het zedelijk ligchaam waren, de naasten tot zijn vermogen zijn, kon de wet aan hen de vrije beschikking toekennen over de baten van het ligchaam, na aftrek der lasten.

schenker zal kunnen worden herroepen om andere dan de in art. 1725 vermelde redenen nietig zou zijn. De definitie zegt dan ook dat de schenking eene overeenkomst is, waarbij het geschonkene onherroepelijk wordt afgestaan. TOULLIER, V, 218—223. — De wet kent geene andere schenkingen dan schenkingen onder de levenden. De zoogenaamde *donationes mortis causa* van het Romeinsche en van ons voormalig regt, die door eenen zieke gedaan werden voor het geval, dat zijne ziekte den dood ten gevolge mogt hebben, en die vervielen door het herstel van den lijder, worden dus bij ons niet toegelaten. Zie daarover § 1, *I. de don.*, en *tit. D. de mort. caus. don.*; DE GROOT, *Inl.*, III, 22, 23.

§ **987.** 1°. Niet alleen, omdat men niet beschikken kan over zaken, die men nog niet heeft, en waarvan men ook niet weet of men ze ooit krijgen zal; maar daarenboven en voornamelijk, omdat het van den schenker afhangt om geene goederen te verkrijgen, en zoodoende zijne schenking ijdel te maken, en zonder eenig gevolg te laten *a*).

2°. Alleen mag de schenker zich voorbehouden om over eene bepaalde geldsom uit de geschonken goederen te beschikken, art. 1708; met dat gevolg, dat die geldsom aan den begiftigde toebehoort, onder de ontbindende voorwaarde: als de schenker er gedurende zijn leven niet anders over beschikt. Sterft deze dus, zonder over de bedoelde geldsom beschikt te hebben, dan blijft het geschonkene in zijn geheel aan den begiftigde, art. 1708. — Volgens het Fransche regt integendeel behoorde de geldsom in dat geval aan de erfgenamen van den schenker, zelfs niettegenstaande beding van het tegendeel. Art. 946 *C. N.*; TOULLIER, V. 226.

3°. Omdat de schenker anders door menigvuldige schulden te maken, en die voor rekening van den begiftigde te stellen, *facto*

a) Dat deze redenen niet kunnen strekken ter verklaring van het verbod van art. 1704, merkt DIEPHUIS, t. a. p., bl. 28 en 29, m. i. teregt op. De bepaling strekt veeleer om te voorkomen, dat men zonder zich voldoende rekenschap te hebben gegeven van zijne daad, eene schenking doe, wier omvang de schenker zich uit den aard der zaak, alsdan nog niet volledig kan voorstellen.

zijne schenking zou kunnen herroepen. POTHIER, *Tr. des don. entre vifs*, sect. 2, art. 2, § 3, ging nog verder, en leerde, dat de schenking, onder de bepaling, dat de begiftigde schulden zal moeten betalen, die de schenker in de toekomst zal maken, nietig zijn, onverschillig of die bij de overeenkomst of bij eenen afzonderlijken staat al of niet zijn opgegeven. Hetzelfde voorschrift was ook opgenomen in art. 945 *C. N.* Zie ook TOULLIER, V, 225. — Bij ons daarentegen kan de begiftigde ook de betaling van toekomende schulden op zich nemen, mits die maar vooraf zeker en bepaald zijn, en bij de akte van schenking of bij den staat daaraan gehecht uitgedrukt.

§ **988**. De schenker, die zijn goed om niet weggeeft, wordt geacht niet meer te hebben willen geven dan hij had, en het zou hard en onbillijk zijn hem voor uitwinningen aansprakelijk te stellen.

Regt van terugkeering.

§ **990**. De kinderen van den begiftigde kunnen de geschonken goederen niet voor zich behouden, in geval er regt van terugkeer bedongen is, tenzij dit uitdrukkelijk bepaald zij *a*). — Wanneer daarentegen het regt bedongen is, indien de begiftigde zonder kinderen sterft, kan de schenker daarvan geen gebruik maken, als de begiftigde sterft, doch kinderen nalaat, al sterven ook deze vóór den schenker.

Maar dit kan, enz. Zelfs niet ten behoeve van de kinderen van den schenkér. Zie voorts over het regt van terugkeering: POTHIER, sect. 2, art. 4; TOULLIER, V, 286—295; DELV., IV, 169—173; DURANTON, VIII, 486—496; MARCADÉ, III, n°. 690—697; DEMOLOMBE, XX, 493—536; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Don. entre vifs et test.*, § 1743—1787; LAURENT, *Princip.*, d. XII, bl. 540—561.

---

a) De Schr. der *Handl.* schijnt hier bedoeld te hebben het geval, dat bedongen is het regt van terugkeer bij vóóroverlijden van den begiftigde, zonder dat iets ten opzigte van zijne kinderen bepaald is. In dat geval keeren de geschonken goederen tot den schenker terug, indien deze den begiftigde overleeft, ook al laat laatstgenoemde kinderen na.

Bekwaamheid om bij wege van schenking te beschikken en voordeel te genieten.

§ **992.** De bepaling van dit artikel zou welligt overtollig kunnen schijnen, omdat de schenking eene overeenkomst is (art. 1703), en het derhalve reeds uit de algemeene regels volgt, dat een minderjarige daartoe onbekwaam is, art. 1366. Zij was echter daarom noodig, omdat men anders uit art. 944, dat aan minderjarigen, die den vollen ouderdom van 18 jaren bereikt hebben, de bevoegdheid geeft om uiterste willen te maken, bij analogie had kunnen afleiden, dat zij ook bij schenking onder de levenden kunnen beschikken.

§ **993.** Dit verbod is overgenomen uit het Romeinsche en uit onze oude regten. *Tit. D. de don. int. vir. et ux.;* DE GROOT, *Inl.*, III, 2, 9. In den *C. N.* kwam het niet voor; deze liet integendeel die schenkingen toe, art. 1096 *C. N.* De reden van het verbod is, omdat schenkingen tusschen echtgenooten staande huwelijk, die meestal tot merkelijke benadeeling der kinderen strekken, dikwijls meer het gevolg van dwang, bedreiging of vleijerij zijn, dan van den vrijen wil des schenkers. *L.* 1, 2, 3 *Pr. D. eod.* De echtgenooten hebben genoeg gelegenheid om elkander te bevoordeelen, hetzij bij huwelijksche voorwaarden, hetzij bij uitersten wil. Op deze twee wijzen kunnen zij elkander hetzelfde schenken als aan vreemden (artt. 223, 966), zoodat bij ons is afgeschaft de dikwijls gegispte bepaling (b. v. door TOULLIER, V, 868, 869) van art. 1094 *C. N.*, dat in de eerste plaats, indien er geenè kinderen waren, aan den echtgenoot vrijheid gaf om aan zijnen mede-echtgenoot te schenken al datgene, wat hij aan vreemden schenken mogt, en daarenboven het vruchtgebruik van het onbeschikbaar gedeelte ten behoeve van ouders en adscendenten, die in den regel ten minste een geheel geslacht ouder zijn dan de mede-echtgenoot, en dus eigenlijk op niets regt hadden; en in de tweede plaats, zoo er kinderen waren, aan den echtgenoot, naar gelang van het getal der kinderen, nu eens meer dan eens minder regt gaf dan aan vreemden (zie art. 913 *C. N.*)

VOET, *a. h. t.*, 4, en DE GROOT, t. a. p., leeren, dat de

schenking tusschen echtgenooten, indien zij niet herroepen is, door den dood van den schenker wordt bekrachtigd; en met die leer komt art. 1096 *C. N.* wel eenigermate overeen. Kan men bij ons deze beslissing nog aannemen? Neen. Schenkingen tusschen echtgenooten staande huwelijk zijn onvoorwaardelijk verboden, art. 1715. Als zoodanig zijn zij dus nietig; als legaten kunnen zij evenmin gelden, want legaten worden alleen bij uitersten wil gemaakt.

Met uitzondering, enz. Voor deze uitzondering bestaan twee redenen: 1°. door zulke giften wordt het vermogen des schenkers weinig verminderd, en zij zijn even daarom niet gevaarlijk; 2°. al verbood men zulke giften, zouden zij toch geschieden.

Vorm.

§ **995.** Over den vorm en de aanvaarding van schenkingen, zie POTHIER, sect. 2; TOULLIER, V, 168—217; DELV., IV, 122—148; DURANTON, VIII, 381—451; MARCADÉ, III, 626—668; DEMOLOMBE, XX, 5—366; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Disp. entre vifs et test.*, § 1399—1696; LAURENT, *Princip.*, d. XII, bl. 278—374.

Waarom moeten de schenkingen, op straffe van nietigheid bij authentieke acte worden verleden? Èn onder het Romeinsche, èn onder het oud-Hollandsche regt konden zij mondeling of schriftelijk worden aangegaan. § 2 *I. de don.;* DE GROOT, *Inl.*, III, 2, 12. Art. 2373 van het ontwerp van 1820 schreef alleen voor, dat onroerende goederen slechts bij schriftelijke (dus zoowel onderhandsche als authentieke) acte konden geschonken worden. De tegenwoordige bepaling is overgenomen uit art. 931 *C. N.*, en afkomstig uit het oude Fransche regt, waar zij tot voorname reden had, dat de onderhandsche acten de ontduiking konden bevorderen der *costumiere* bepalingen, volgens welke de vrijheid om bij uitersten wil te beschikken meer beperkt was dan die om te beschikken bij schenking onder de levenden. Zie TOULLIER, V, 169—171. Deze vrees bestaat nu zeker niet meer, nu de vrijheid van beschikking op de éene wijze zich niet verder uitstrekt dan die op de andere wijze. Als reden van het behoud van dit vereischte kan misschien gegeven worden, dat eene schenking niet ligt vooronder-

steld moet worden, en dat het, om alle twisten over haar bestaan te voorkomen, nuttig is, de zekerste en stelligste bewijzen daarvan te vorderen *a*). Zie *Regts. Bijdr.*, XII, 79—82. De nietigheid eener schenking op eene andere wijze gedaan is zoo volstrekt, dat iedereen, zelfs de schenker, er zich op beroepen kan, en dat deze zelfs door geene acte van bevestiging de nietigheid kan verhelpen, art. 1930.

Waarvan de minuut, enz. De notariële akten kunnen namelijk in tweederlei vorm worden opgemaakt, òf in minuut, wanneer het oorspronkelijk stuk (de minuut) onder bewaring van den notaris blijft; òf *in brevet*, die *in originali* aan de belanghebbenden worden uitgekeerd, art. 38 der wet op het notarisambt van 9 Julij 1842 (*Stbl.* n°. 20) *b*).

En zij hebben, enz. Zoo lang de schenking niet is aangenomen, bestaat er nog niets meer dan eene belofte of een aanbod, dat de schenker kan terugnemen; er is nog geene overeenkomst, nog geen *duorum in unum placitum consensus* (*l.* 1, § 2 *D. de pact.; l.* 55 *D. de O. et A.*). De aanneming moet geschieden in uitdrukkelijke bewoordingen (art. 1720). Het is dus niet genoeg, dat de begiftigde de akte geteekend heeft. En als zij geschiedt bij eene afzonderlijke akte, moet dit plaats hebben gedurende het leven van den schenker. Na zijnen dood toch kan er geene overeenkomst, geen *duorum consensus* meer plaats hebben (art. 1720); die dood heeft het ontwerp van schenking verijdeld. Eindelijk moet als de aanneming geschiedt bij eene afzonderlijke akte, deze aan den schenker worden beteekend, art. 1720. Hij moet daarvan wettig kennis dragen; bij gebreke hiervan, kan hij zijne belofte intrekken. Zie meer over dit alles TOULLIER, V, 187, 206, 208, 209.

---

a) Twisten te voorkomen is altijd wenschelijk, niet alleen omtrent het bestaan eener schenking, maar ten opzigte van elke regtshandeling. Bescherming tegen eigen ligtzinnigheid wordt door anderen als de vermoedelijke reden van het wettelijk voorschrift opgegeven (DIEPHUIS, t. a. p., bl. 60), maar ook die reden acht ik niet zeer krachtig. Ligtzinnigheid is meer te vreezen, waar men b. v. bij het sluiten van wederzijdsche overeenkomsten alligt misleid wordt door het vooruitzigt op de te bedingen contrapraestatie, dan bij een contract, waaruit men vooraf zeker weet geen enkel geldelijk voordeel te zullen trekken.

b) Zooals dit is gewijzigd bij art. 6 der wet van 6 Mei 1878 (*Stbl.* n°. 29).

§ **997.** De *Code* zeide dit niet duidelijk. Maar het ligt zoodanig in den aard der zaak, dewijl, met betrekking tot roerende goederen, het bezit geldt als volkomen titel (art. 2014, art. 2279 *C. N.*), dat hetzelfde bijna eenparig door de Fransche schrijvers geleerd werd. Toullier, V, 172, 177; Delv., IV, 126—128; Duranton, VIII, 388, enz. — Ten allen overvloede, en om allen twijfel weg te nemen, heeft ons art. 1724 dit uitdrukkelijk gezegd. Onder de roerende ligchamelijke zaken of de schuldvorderingen aan toonder, die van hand tot hand kunnen worden weggeschonken zonder authentieke akte, behooren niet de certificaten der nationale werkelijke schuld, omdat deze noch zijn ligchamelijke (hoezeer wel roerende) zaken, noch eigenlijk gezegde schuldvorderingen, gelijk dit zeer breedvoerig en op goede gronden is aangetoond in *Regtsg. Adv.*, I, 98—110.

§ **999.** Gedurende het leven. — Derhalve ook dan, als het huwelijk door echtscheiding ontbonden is. De vader alleen heeft dit regt. De moeder kan wel na den dood van den vader de schenking aanvaarden; maar zij doet dit niet als moeder, maar als voogdesse, en behoeft als zoodanig de regterlijke magtiging *a*). Maar wat, als de vader zelf schenker is? In dat geval zal de aanneming moeten geschieden door eenen curator *ad hoc*, volgens art. 365. Zie *Regtsg. Bijbl.*, III, 376, 377. Art. 935 *C. N.* gaf hetzelfde regt ook aan de grootouders, zelfs gedurende het leven der ouders. Bij ons heeft men begrepen, dat het regt om te beoordeelen of eene schenking aan hunne kinderen voordeelig is, alleen aan de ouders toekomt.

Door den vader *b*).

§ **1000.** Zie boven, eerste ged., bladz. 105, 106. »De schenkinge", zegt de Groot, *Inl.*, III, 2, 14, »zijnde voltrokken, is

---

a) Is daarentegen de moeder overleden, dan is de vader wel tot aanneming bevoegd, maar alsdan doet ook deze het in zijne hoedanigheid van voogd, zoodat ook hij in dat geval de regterlijke magtiging behoeft.

b) Is hij daartoe buiten de mogelijkheid, dan wordt hij daarin door de moeder vervangen, art. 355.

den schenker gehouden tot levering, ende alzoo bekomt den aenkomer eerst inschuld tot eygendom, en daerna den eygendom zelve."

Herroeping.

§ **1001.** Over de herroeping van schenkingen, zie POTHIER, sect. 3, art. 2, 3; TOULLIER, V, 241—285, 296—342; DELV., IV, 173—195; DURANTON, VIII, 533—603; MARCADÉ, III, 698—748; DEMOLOMBE, XX, 559—819; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Disp. entre vifs et test.*, § 1737—1938; LAURENT, *Princip.*, d. XII, bl. 565—602, en d. XIII, bl. 1—98.

De vroegere wetgevingen, zoowel de Romeinsche en de oud-Hollandsche als de Fransche, kennen nog eene andere reden van herroeping eener schenking, *propter supervenientes liberos.* Indien namelijk iemand, die geene kinderen had, eene schenking gedaan had, en daarna kinderen kreeg, verviel de schenking van regtswege, omdat men vooronderstelde, dat de liefde voor zijne kinderen, zoo hij die gehad had, hem zoude belet hebben zijn goed weg te schenken. *L.* 8 *C. de revoc. don.;* DE GROOT, *Inl.*, III, 2, 18; art. 960—965 *C. N.* Zie ook, behalve de zoo even aangehaalde schrijvers, R. B. VISSER, *Diss. de revoc. don.*, L. B. 1836, p. 13—19. — Twee redenen hebben dit in onze wet doen afschaffen: 1°. wanneer het wettelijk erfdeel der kinderen niet gekrenkt is, dan is het hard, dat de begiftigde door deze toevallige omstandigheid van zijnen wettigen eigendom beroofd worde; 2°. in het tegenovergestelde geval heeft de wet daarin elders door de inkorting voorzien.

1°. Terughouden of vorderen. — Terughouden, als het eene opschortende; vorderen, als het eene ontbindende voorwaarde was.

Van derde houders, enz. De derde bezitters, die het goed van den begiftigde verkregen hebben, wisten, dat deze daarvan slechts voorwaardelijk eigenaar was, en dat hij hun geene meerdere regten kon overdragen dan hij zelf had *a*).

---

a) Zij konden dit althans weten, door inzage van de openbare registers, waarin de akte der voorwaardelijke schenking is overgeschreven. Hier toch is blijkens het

Sedert zijne nalatigheid. — Derhalve behoudt hij de vroeger genoten vruchten. Bij voorb.: A schenkt aan B zijn huis, op voorwaarde, dat deze hem jaarlijks *f* 100 zal uitkeeren. Twee jaren voldoet B aan deze verpligting, maar het derde jaar blijft hij nalatig. A vordert te regt de herroeping zijner schenking, maar hij heeft alleen aanspraak op de vruchten sedert het laatste jaar.

2°. Het is niet noodig, dat hij den schenker om het leven heeft gebragt. Genoeg is het, als hij dit getracht heeft. Art. 1725 toch zegt: indien hij zich schuldig of medepligtig gemaakt heeft AAN EENEN AANSLAG OP HET LEVEN.

Ofschoon hier niet, zooals in art. 885, gezegd wordt, indien hij veroordeeld is, enz., is dit echter een noodzakelijk vereischte. Hij moet schuldig zijn, dus moet hij veroordeeld zijn. De burgerlijke regter kan dat schuldig, zonder voorafgaand vonnis van den strafregter, niet uitspreken *a*).

Misdrijf. Onverschillig of het eene misdaad of een wanbedrijf is. De reden is dezelfde, en de wet onderscheidt niet, maar bedient zich van de algemeene uitdrukking: misdrijf jegens denzelven, dat is, misdrijf zoowel jegens zijne goederen als jegens zijnen persoon.

3°. Al is dit niet bedongen bij de schenking. De wet onderscheidt ook hier niet, en het is billijk, dat hij, die om niet het genot van iemands goederen heeft, dezen, wanneer hij gebrek en armoede lijdt, onderhoude.

§ **1002.** De reden van dit onderscheid tusschen de herroeping wegens niet-vervulling der voorwaarden, en wegens ondankbaar-

---

2e lid van art. 1726, alleen sprake van onroerend goed. Ook in het 1e lid van het artikel heeft men alleen aan zoodanig goed te denken, artt. 2014, 1198.

a) Dit laatste acht ik onjuist. Tot eene veroordeeling tot straf wegens misdrijf wordt eene schuldigverklaring door den strafregter vereischt. Maar daaruit volgt niet dat, wanneer bij den burgerlijken regter de herroeping of tenietdoening eener schenking wordt gevorderd, deze niet zou mogen oordeelen over het bestaan van het feit, waarop de vordering wordt gegrond, het feit dat de begiftigde zich aan een der in art. 1725, 2°. bedoelde misdrijven heeft schuldig gemaakt. Ook in andere gevallen kan de burgerlijke regter geroepen worden om te oordeelen over het plegen van misdrijf, b. v. bij eene vordering tot schadevergoeding krachtens art. 1401, DIEPHUIS, t. a. p., bl. 75.

heid, is duidelijk. De eerste reden heeft de derde verkrijger kunnen voorzien; de tweede niet. Want ofschoon hij wist, dat hij het goed van iemand kocht of kreeg, die *titulo donationis* bezit, kon hij vooraf niet weten, noch vooronderstellen, dat deze zich aan ondankbaarheid jegens den schenker zou schuldig maken.

Vóór dat de eisch, enz. Want na die overschrijving houdt de onwetendheid van den derden bezitter op.

§ **1003.** En niet door of tegen de erfgenamen. Die van den begiftigde moeten niet boeten voor de ondankbaarheid van hunnen erflater; die van den schenker zijn persoonlijk niet beleedigd.

TITEL XII.

VAN BEWAARGEVING.

(Artt. 1731—1776. Eerste gedeelte, § 1004—1037, bl. 246—251.)

Geschriften: Asser, 560—566; Voorduin, V, 356—371; Diephuis, VIII, 91—150; Opzoomer, III, 184—201; Loke, 313—323.

Algemeene bepalingen.

§ **1004.** Opmerkelijk is het, dat de definitie, zoo als men die vindt in dit artikel, niet gewaagt van overeenkomst. De reden hiervan schijnt te zijn, dat hoezeer het *depositum* in het algemeen wel eene overeenkomst is, echter de bewaargeving uit noodzaak en de sequestratie, die tot hare species behooren, geboren worden niet uit eigenlijk gezegde overeenkomst, maar veeleer *quasi ex contractu a*).

---

a) De hier gegeven reden acht ik minder juist. Voor bewaargeving uit noodzaak wordt altijd vereischt de wederzijdsche toestemming van bewaargever en bewaarnemer, terwijl ook sequestratie door overeenkomst kan plaats hebben, artt. 1740, 1767. Sequestratie intusschen kan ook op regterlijk bevel plaats hebben. Dit in verband met de bepaling van art. 1734, is welligt als de reden te beschouwen, waarom art. 1731 niet gewaagt van overeenkomst.

Eigenlijk gezegde bewaargeving.

§ **1006.** Om niet. Dit behoort tot den aard, niet tot het wezen der overeenkomst; want de bewaarnemer kan loon bedingen, in welk geval hij zich tot betere zorg voor de bewaarde zaak verbindt, art. 1744. — Beter drukt ons artikel dit uit, dan de woorden van art. 1917 *C. N.: le dépôt est un contrat essentiellement gratuit;* »want hoewel," zegt DE GROOT, *Inl.*, III, 7, 6, »bij wijlen wel gebeurd, dat yemand eenig loon bedingt voor het bewaren: zulks is nogtans buyten des handelings eygenschap, ende werd in zulken gevalle den bewaer-aennemer ook strenger verbonden." — Zie voorts over eigenlijk gezegde bewaargeving POTHIER, *Tr. du contr. de dép.*, 1—83; DELV., VIII, 388—403; DURANTON, XIX, 25—83; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Dép. Séq.*, § 8—194; LAURENT, *Princip.*, d. XXVII, bl. 96—148.

Alleen roerende, enz. Het doel van deze bewaargeving bestaat hierin, dat men daardoor de verzekering bekomt van zijn goed na eenigen tijd op eene zekere plaats en bij eenen bepaalden persoon te kunnen terugvinden. Bij onroerende goederen, die voor geene verplaatsing vatbaar zijn, kan de vrees voor het tegendeel niet bestaan. Geeft men de sleutels van zijn huis te bewaren, dan is er eenvoudig eene bewaargeving van sleutels; draagt men den bewaarnemer daarenboven de zorg voor dat huis zelf op, dan is dit laatste geene bewaar- maar lastgeving.

§ **1007.** De enkele toestemming is hier niet genoeg, zelfs niet om de overeenkomst daar te stellen, die eerst door de wezenlijke of vooronderstelde overgifte der zaak voldongen is. De bewaargeving behoort tot de *contractus reales*, *in quibus praeter consensum rei traditio requiritur*, § 2 *I. de oblig.* *a*). Deze en de overige reëele overeenkomsten verschillen in de gevolgen merkelijk van de *consensuële.* In deze laatste, die evenzeer in het belang van beide partijen gesloten worden, heeft men altijd twee *actiones principales* of *directae;* b. v. in de koop-overeenkomsten

---

a) De overeenkomst alleen bindt geen der beide partijen, zoolang de overgave der zaak, die er het onderwerp van is, niet heeft plaats gehad.

heeft de kooper de *actio emti* tot verkrijging van de zaak; de verkooper de *actio venditi* tot verkrijging van den prijs. In de reëele contracten daarentegen is slechts ééne *actio directa* en ééne *contraria;* zij strekken alleen in het belang van ééne partij. Zoo is de bewaargeving alleen in het belang van den bewaargever (immers in den regel). Hij heeft de *actio depositi directa*, om de zaak terug te vragen; de bewaarnemer de *actio depositi contraria*, om zich schadeloos te doen stellen wegens gedane uitschotten of geleden verliezen. Artt. 1762, 1763, 1765. Zie § 3 *I. Qb. mod. re contr.; l.* 1 *Pr.*, *l.* 5 *Pr.*, *l.* 7, § 1, enz. *D. dep.*

§ **1008.** Dat men, om de overeenkomst van bewaargeving te kunnen aangaan, bekwaam moet zijn om zich te verbinden, spreekt eigenlijk van zelve en volgt uit de artt. 1356 en 1366. Wanneer dit echter hier herhaald wordt, dan is dit niet om een twijfel daaromtrent, die trouwens niet bestaan kan, op te heffen, maar alleen om de regtsgevolgen te regelen van eene handeling, waarbij een onbekwame optreedt, hetzij als bewaargever, hetzij als bewaarnemer.

Vrijwillige bewaargeving.

§ **1010.** Niet voor bewijs door getuigen vatbaar is *a*). Alles onverminderd. — De bewaargever kan derhalve aan den bewaarnemer omtrent alle deze punten den beslissenden eed opleggen, met dat gevolg, dat deze genoodzaakt is dien eed af te leggen of terug te wijzen; en, bij weigering van beiden, in het ongelijk moet gesteld worden, art. 1969.

Verpligtingen van den bewaarnemer.

§ **1011.** 1°. De bewaargever kan niet die zorg vorderen, die hij zelf, of die een ander naarstiger man voor de zaak zoude gedragen hebben. De reden hiervan is, omdat de bewaargeving geschiedt enkel ten nutte van den bewaargever, die bovendien noch tot de bewaargeving, noch om u of mij te kiezen als bewaarnemer genoodzaakt is, en die het daarom zich zelven te

---

a) Dit is het geval wanneer het bedrag of de waarde der in bewaring gegeven zaak drie honderd gulden te boven gaat, art. 1933.

wijten heeft, indien hij eene slechte keus doet: *quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit non ei, sed suae facilitati id imputare debet.* § 3 *I. Qb. mod. re contr.; l.* 5, § 2 *D. dep.*

a. L. 1, § 35 *eod.* — Hij is daardoor de oorzaak geweest, dat men de zaak niet aan een ander geschikter persoon in bewaring gegeven heeft.

b. In dat geval is de overeenkomst meer eene soort van huur dan eene bewaargeving; en de huurder moet het goed als een goed huisvader gebruiken. Art. 1596 *a*). *Si nullam mercedem accepit, depositi eum teneri, et dolum dumtaxat praestare debere puto; quod si accipit, ex conducto. L.* 1, § 8, *D. dep.*

c. Dit geval is zeker zeer zeldzaam. Zie boven *ad* § 1006. Men kan er echter een voorbeeld van vinden in *l.* 4 *Pr. D. de reb. cred.*

2°. Aan de overeenkomst ontleent de bewaargever de *actio depositi*, strekkende tot teruggave zijner in bewaring gegeven zaak. Dit belet echter niet, dat hij als eigenaar zelfs tegen den bewaarnemer bovendien kan gebruik maken van de *rei vindicatio*, gelijk men dit in het breede vindt aangetoond in *Handl. tot het W. van B. R., Aant. ad* § 524, en met betrekking tot den *commodans* ook beslist is bij arrest van den hoogen raad van 28 Maart 1844, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, V, 239—255.

3°. En de interessen enz. — Wanneer hij echter de geldsommen tot zijn eigen gebruik heeft aangewend, is hij even als de vennoot (art. 1663) en de lasthebber (art. 1842) de interessen sedert dien tijd verschuldigd. DELV., VIII, 396, 397 *b*).

---

a Dat in dit geval meer aan eene overeenkomst van huur — en dan van diensten — dan van bewaargeving zou moeten gedacht worden, zie ik niet in. De Schr. zelf betoogt hierboven ad § 1006 teregt, dat de omstandigheid of loon bedongen is, niet van invloed is op het wezen der overeenkomst. De meerdere zorg die in het gestelde geval de bewaarnemer moet aanwenden, wordt geregtvaardigd door de omstandigheid, dat de bewaring alsdan niet uitsluitend in het belang van den bewaargever geschiedt, maar ook de bewaarnemer daardoor bevoordeeld wordt.

b) Tot betaling van interessen ter zake van dat gebruik, is de bewaarnemer m. i. alleen verpligt in het geval van het tweede lid van art. 1755. De exceptionnele bepalingen omtrent de verpligting tot betaling van interessen door den vennoot en den lasthebber zijn hier niet van toepassing.

Hij is die interessen schuldig, zoodra hij tot teruggave is aangemaand, al is er ook nog geene vordering in regten ingesteld. Eene dagvaarding is dus daartoe niet noodig, maar eene eenvoudige sommatie is voldoende. Dit is eene uitzondering op den regel van art. 1286, waarover zie boven, *ad* § 738.

§ **1013.** Door zich van het goed te bedienen kan hij zelfs, naar gelang der omstandigheden, zich schuldig maken aan het misdrijf van misbruik van vertrouwen, omschreven bij art. 408 *C. P. a*).

§ **1014.** De bewaarnemer is tot niets anders verpligt dan om te bewaren, en om weder terug te geven datgene wat, en zoo als hij het ontvangen heeft. Wanneer nu die in bewaring gegeven zaak verzegeld of gesloten was, dan moet men het er voor houden, dat de bewaargever den inhoud heeft willen verborgen houden; en de bewaarnemer mag dit geheim niet willekeurig schenden. Verg. *L.* I, § 36, 41 *D. dep.*

§ **1015.** De bewaargever kan de zaak niet van den derden bezitter terugvorderen, wiens bezit geldt als eigendom, art. 2014 *b*). In het algemeen is koop en verkoop van eens anders goed nietig, art. 1507. Ons artikel is eene uitzondering op dien regel, omdat de erfgenaam, eene zaak vindende in de nalatenschap, en niet wetende, dat zij in bewaring gegeven was, natuurlijk heeft moeten denken, dat zij aan den overledene toebehoorde *c*).

---

a) Daarvan kan m. i. hier geen sprake zijn. Voor misbruik van vertrouwen wordt vereischt dat het in bewaring gegeven goed is verduisterd of weerloos gemaakt; het gebruik maken alleen van het goed is daartoe niet voldoende.

b) Dit geldt ook dan, wanneer de erfgenaam wetende dat de zaak in bewaring gegeven was, haar desniettemin en dus te kwader trouw verkoopt. Voor den kooper toch die haar bezit, blijft art. 2014 gelden.

c) Als zoodanig stelde de Regeering het voor, VOORDUIN, V, bl. 363. Die voorstelling is echter niet juist te achten, indien men, in strijd met hetgeen door den Schr. der *Handl.* boven wordt betoogd, de absolute nietigheid van eene koopovereenkomst waarvan het voorwerp eens anders goed is, ontkent, zie boven § 863 en mijne aanteekening aldaar. Art. 1754 regelt niet de regtsgevolgen van het koopcontract tusschen kooper en verkooper, maar alleen de verhouding tusschen den verkooper, als erfgenaam van den bewaarnemer, en den bewaargever. Het bepaalt dat, wanneer de erfgenaam de in bewaring gestelde zaak te goeder trouw verkoopt, hij door die daad geen schade zal lijden, maar alleen aan den bewaargever moet afstaan de reeds ontvangen kooppenningen, of zoo deze nog niet voldaan

§ **1016**. Zoo de zaak deelbaar is. — Maar wat als de zaak op zich zelve deelbaar is, maar in eene gesloten kist of onder eenen verzegelden omslag is in bewaring gegeven? — Kan dan ieder erfgenaam de gedeeltelijke teruggave vorderen? Ja, volgens *l.* 1, § 36 *D. dep.*, doch deze beslissing schijnt men bij ons niet te kunnen aannemen. De bewaarnemer mag den zak of de kist of den omslag niet openen, art. 1750; en het is klaarblijkelijk de bedoeling van de partijen geweest, dat de zaak niet bij gedeelten, maar in haar geheel zou worden teruggegeven. Er bestaat derhalve eene verbindtenis, welker strekking haar niet voor eene gedeeltelijke uitvoering vatbaar maakt, art. 1333.

§ **1017**. Bij voorb. als eene ongetrouwde vrouw, na de bewaargeving getrouwd, of een meerderjarige onder curatele gesteld is; alles echter, tenzij de bewaarnemer wettige gronden mogt hebben, om van de verandering van staat onkundig te zijn, art. 1759.

§ **1020**. De bewaarnemer, die de zaak niet mag gebruiken (art. 1749), heeft geen belang om haar te behouden. De bewaargever kan haar terugvorderen, wanneer hij wil, ook vóór het verstrijken van den bepaalden tijd. De bewaarnemer integendeel heeft zich verbonden om de zaak gedurende dien tijd te bewaren, en hij kan zich zonder wettige redenen aan die verpligting niet onttrekken.

Bewaargeving uit noodzaak.

§ **1026**. Zie boven, *ad* § 684, 6°. — De reiziger, die in een logement verblijft, kan in persoon zijne goederen aldaar slecht bewaken; maar het is de pligt van den herbergier zulke lieden in zijne dienst te nemen, op wier eerlijkheid en waakzaamheid hij rekenen kan.

1°. Onverschillig of zij die goederen aan den herbergier hebben toevertrouwd, of niet. De wet onderscheidt niet, en de onderscheiding, door Pothier, 77, 78, te dien opzigte gemaakt, was

---

zijn, zijne daartoe betrekkelijke vordering. Heeft hij daarentegen de zaak te kwader trouw verkocht, dan is hij ingevolge art. 1272, jegens den bewaargever tot volledige schadevergoeding gehouden.

reeds bij art. 1952 *C. N.* verworpen. De herbergier is zelfs verantwoordelijk, al heeft hij niet geweten, dat de reiziger eenige goederen, of welke goederen hij bij zich had. In geval van ontkentenis, wordt hier zelfs het bewijs door getuigen toegelaten, artt. 1741, 1746, 1940. In geval van verschil over de waarde der ingebragte goederen, kan de regter gewoonlijk aan den eischer daaromtrent den eed opleggen (art. 1979), want in de meeste gevallen zal het zeker wel onmogelijk zijn, die op eene andere wijze te bepalen.

2°. Onze wet strekt de verantwoordelijkheid van de herbergiers nog verder uit dan art. 1953 *C. N.*, volgens hetwelk zij alleen aansprakelijk waren voor beschadiging of diefstal door vreemdelingen: *allant et venant dans l'hôtellerie.* Bij ons zijn zij het ook voor die van alle andere personen, met uitzondering alleen van die, welke de reiziger zelf bij zich heeft toegelaten, en aan wie hij dus zelf onverpligt zijn vertrouwen heeft geschonken.

Sequestratie.

§ **1030**. *Sequestratie* verschilt in zeer vele opzigten van eigenlijk gezegde bewaargeving. Immers 1°. bewaargeving kan geschieden door één persoon, *sequestratie* ten minste door twee: *apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, l.* 17 *Pr. D. dep.* Art. 1956 *C. N.* zeide dus zeer verkeerd: *le séquestre est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes*, en ons art. 1768 drukt zich niet minder onjuist uit, wanneer het spreekt van één of meer personen. Eene zaak, waarover geschil is, onderstelt een geschil; en dat is niet denkbaar dan tusschen minstens twee personen; 2°. wanneer de bewaargeving door meer personen geschiedt, doet ieder ze voor zijn gedeelte; de *sequestratie* geschiedt door elke der partijen voor het geheel; 3°. de gewone bewaarnemer verkrijgt niet het bezit der zaak, hij bezit voor den bewaargever; de *sequester* wel, de zaak wordt hem juist gegeven om beide partijen tusschentijds van het bezit te berooven: *rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio nisi apud sequestrem deposita est; nam tum demum sequester possidet; l.* 17, § 1

D. dep. a); 4°. zoowel zaken, die in geschil zijn, als die niet in geschil zijn, worden in bewaargeving gesteld; in *sequestratie* alleen zaken, die in geschil zijn, artt. 1731, 1767; 5°. bewaargeving heeft alleen van roerende, *sequestratie* ook van onroerende goederen plaats, artt. 1733, 1771; 6°. *sequestratie* kan door den regter worden bevolen, bewaargeving niet, artt. 1731, 1767; 7°. bewaargeving geschiedt ook stilzwijgend, *sequestratie* altijd uitdrukkelijk, artt. 1746, 1767; 8°. de bewaarnemer kan ieder oogenblik door den bewaargever worden ontslagen, de *sequester* kan dit vóór het einde van het geschil niet zonder toestemming van al de partijen, artt. 1762, 1772. — Zie over *sequestratie*, POTHIER, 84—118; DELV., VIII, 403—407; DURANT., XIX, 84—93; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Dép. Séq.*, § 192—262; LAURENT, *Princip.*, d. XXVII, bl. 186—206.

Sequestratie bij overeenkomst.

§ **1032.** Met andere woorden is dit volkomen hetzelfde, wat art. 1733 bepaalt over eigenlijk gezegde bewaargeving. In beide gevallen is er alleen dan loon verschuldigd, als dit bedongen is. Het artikel is voor het overige geheel overtollig. Bestond het niet, het loon zou even weinig verboden zijn, juist omdat de wet dat verbod niet zoude uitspreken.

§ **1033.** 1°. Want het doel der *sequestratie* is niet om de zaak in verzekerde bewaring te brengen en tegen verlies te waarborgen, maar alleen om de beide twistende partijen, hangende het geschil, het bezit te ontnemen; en er ontstaan geschillen en regtsgedingen over onroerende goederen zoowel als over roerende.

2°. Wettige reden. — De beoordeeling hiervan wordt geheel aan den regter overgelaten: *cause jugée légitime*, zegt art 1960 *C. N.*

Geregtelijke sequestratie.

§ **1035.** 2°. Deze verpligting is nieuw. Zij kwam noch in den *C. N.*, noch in het wetboek van 1830 voor.

3°. Er wordt dus van hem meer gevorderd dan van den ge-

---

a) Anders DIEPHUIS, t. a. p., bl. 139.

wonen bewaarnemer; zie boven, ad § 1011. De reden is, omdat de geregtelijke *sequester* niet door de partij zelve wordt benoemd, en deze het dus zich-zelve niet te wijten kan hebben, als daartoe een ongeschikt persoon aangesteld wordt. De *sequester* kan er zich niet over beklagen; hij kon den last weigeren, maar heeft hij dien aangenomen, dan heeft hij zich tot een goed beheer verbonden *a*).

§ 1036. De bewaarder wordt aangesteld bij het exploit van inbeslagneming, en dus door den inbeslagnemer, door tusschenkomst van zijnen deurwaarder, art. 442 W. van B. R. Deze wordt dus geacht zich stilzwijgend jegens den bewaarder tot betaling van zijn loon verbonden te hebben. — Zie meer over den geregtelijken bewaarder van in beslag genomen goederen, artt. 442, 450, 452, 454, 455, 459, 462, 506, 565, enz. W. van B. R.

Bij de wet *b*).

§ 1037. Alleen in het tweede geval bestaat er eigenlijk gezegde sequestratie. In de gevallen toch van n°. 1 en 3 is er geene *res litigiosa*, geene *res de qua controversia est*, *l.* 110 *D. de R. J.*, en dus ook, naar de definitie van art. 1767, geene sequestratie.

3°. Wanneer die schuld bestaat in eene zekere zaak, namelijk anders dan eene geldsom, in welk laatste geval de schuldeischer geene magtiging van den regter noodig heeft (artt. 1440—1448), doch haar uit eigen beweging in *consignatie* kan brengen.

---

a) Laatstgenoemde reden is niet afdoend. Ook tot vrijwillige bewaarneming is men niet verpligt. De meerdere aansprakelijkheid laat zich echter verklaren uit de omstandigheid dat de geregtelijke bewaarder loon ontvangt, artt. 1776, 1744, 2°.

b) Dat loon is vastgesteld bij art. 1 der wet van 28 Aug. 1843 (*Stbl.* n°. 40).

TITEL XIII.

VAN BRUIKLEENING.

(Artt. 1777—1790. EERSTE GEDEELTE, § 1038—1045, bl. 252, 253.)

Geschriften: ASSER, 566, 567; VOORDUIN, V, 372, 373; DIEPHUIS, VIII, 151—175; OPZOOMER, III, 201—214; LOKE, 323—328.

Algemeene bepalingen.

§ **1038.** Om niet. — Dit behoort tot het wezen der bruikleening, die zonder dat onbestaanbaar is: *ce prêt est essentiellement gratuit*, zegt art. 1876 *C. N.* Niet, dat het ongeoorloofd is zijne zaak aan een ander ten gebruike te geven, en voor dat gebruik eenen zekeren prijs te bedingen; dit zou eene ongerijmdheid zijn. Maar met dat beding houdt de overeenkomst op bruikleening te zijn, en wordt zij huur en verhuur.

Na eenen bepaalden tijd *a*).

§ **1039.** Dit onderscheidt de bruikleening (*commodatum*) voornamelijk van verbruikleening (*mutuum*), waardoor de leener eigenaar wordt van de geleende zaak, art. 1792 *b*).

§ **1040.** En niet, enz. — De leener bekomt het regt om de zaak te gebruiken, artt. 1777, 1781; hij is verpligt die *in natura* terug te geven, art. 1777. Verbruikbare zaken gaan door het gebruik te niet: zij zouden dus na het gebruik niet *in natura* kunnen teruggegeven worden, en kunnen daarom geen onderwerp dezer overeenkomst uitmaken. Leen van verbruikbare zaken is zeer geoorloofd; maar is altijd verbruikleen, *mutuum c*).

---

a) Als eene tijdsbepaling in den zin van art. 1777 is ook te beschouwen het beding van teruggave op aanvrage. Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 14 Dec. 1877, *W.* n°. 4200.

b) De minder juist uitgedrukte bedoeling van art. 1778 is, dat door de bruikleening de eigendom niet overgaat, de gebruiker daardoor dus geen eigenaar wordt. De eigendom blijft waar hij was. Was dus de uitleener eigenaar, hij blijft dit; was het een ander, b. v. indien de uitleener de zaak in vruchtgebruik had, de eigendom blijft bij den oorspronkelijken eigenaar.

c) Zie echter DIEPHUIS, t. a. p., n°. 354, volgens wien de vraag of eenige zaak

Verpligtingen van den gebruiker.

§ **1042.** Over de verpligtingen van den gebruiker, zie POTHIER, *Tr. du prêt à usage*, 23—74; DELV., VIII, 316—323; DURANTON, XVIII, 515—543; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Prêt*, § 63—126; LAURENT, *Princip.*, d. XXVI, bl. 470—490.

1°. *De rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater-familias suis rebus adhibet; — nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentius poterat eam rem custodire. L.* 18 *Pr. D. comm.*, § 2 *I. Qb. mod. re contr.* Anders de bewaarnemer; zie art. 1743, en boven, *ad* § 1011. — De reden van dit verschil is, omdat de bruikleening alleen geschiedt ten nutte en ten voordeele van den gebruiker, die de zaak ontvangt, bewaargeving daarentegen ten nutte van den bewaargever, die de zaak geeft. *L.* 5, § 2, *l.* 10, § 1, *l.* 18, *Pr. D. comm.; l.* 23, *de R. J.*

2°. *a.* Maar wat als de zaak evenzeer bij den uitleener zou zijn verloren gegaan? Is hij dan toch wegens het toevallig verlies verantwoordelijk? — Neen, volgens DELV., VIII, 317, op grond onder anderen van *l.* 1 *Pr. D. comm.* En het is waar, dat, voor zoo verre er geene overwegende reden voor eene andere beslissing bestond, men hier den algemeenen regel van art. 1480 zou moeten toepassen. Maar zulk eene reden bestaat hier wel degelijk. De wet heeft in art. 1745 den bewaarnemer wegens toeval aansprakelijk gesteld, indien hij in de teruggave is nalatig geweest; maar er tevens bijgevoegd, dat die aansprakelijkheid ophoudt, indien het goed bij den bewaargever insgelijks zou vergaan zijn. Hier nu vinden wij wel denzelfden regel in art. 1781 voor den gebruiker, doch niet de uitzondering: derhalve *qui de uno dicit, de altero negat.* Te meer, daar de regering voor reden der weglating dezer uitzondering in art. 1781, gegeven heeft

---

in bruikleen kan worden gegeven, niet daarvan afhangt, of zij door het gebruik dat men daarvan gewoonlijk maakt, te niet gaat, maar of zij te niet gaat door het gebruik, waartoe zij in bruikleen wordt gegeven. Zoo b. v. is bruikleen van vruchten denkbaar, indien zij alleen moeten dienen om gedurende eenige dagen op eene tentoonstelling te prijken.

den verschillenden aard van beide overeenkomsten. Zie VOORDUIN, 361.

b. De gebruiker moet voor de bewaring der zaak, die hij in gebruik ontvangt, zorgen als een goed huisvader, en hij doet dat niet, indien hij haar willens en wetens laat verloren gaan, om de zijne te behouden: *si aliquid damnum fatale contigit, non tenebitur: nisi forte, cum possit, res commodatas salvas facere, suas praetulit. L.* 5, § 4 *D. comm.*

c. Onder de oude schrijvers was hierover veel verschil van gevoelen. Sommigen meenden, dat, indien de gebruiker zich niet uitdrukkelijk wegens toeval verbonden had, de schatting slechts gerekend moest worden gedaan te zijn met het oogmerk om te regelen wat hij, in geval hij voor het verlies aansprakelijk is, moet betalen. Zoo leert b. v. ULPIANUS in *l.* 5, § 3: *si res aestimata data sit omne periculum praestandum ab eo*, QUI AESTIMATIONEM SE PRAESTATURUM RECEPIT. — Ons artikel, op het voorbeeld van art. 1883 *C. N.*, beslist het tegendeel. Zie POTHIER, 62; DELV., VIII, 318, 319.

§ **1043.** Hij alleen heeft het genot van dat gebruik. Het is dus billijk dat hij alleen er de kosten van draagt.

Verpligtingen van den uitleener.

§ **1045.** Over de verpligtingen van den uitleener, zie POTHIER, 75—85; DELV., VIII, 323, 324; DURANT., XVIII, 544—549; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Prêt*, § 127—137; LAURENT, *Princip.*, d. XXVI, bl. 490—495.

1°. Kan hij de zaak terughouden, tot hem die onkosten voldaan zijn? — Neen. De wet heeft dat regt in art. 1766 uitdrukkelijk aan den bewaarnemer gegeven. Had zij hetzelfde aan den gebruiker willen toekennen, zij zou die bepaling in art. 1789 herhaald hebben. Zij heeft dit niet gedaan: ergo. Het verschil tusschen den aard der beide overeenkomsten levert ook weder hiervoor eene gegronde reden op.

2°. B. v. wanneer de uitleener wist, dat het paard dat hij in bruikleen gaf aan eene besmettelijke ziekte leed, zonder dat hij daarvan aan den gebruiker kennis heeft gegeven, en de paarden

van den gebruiker, die het in zijnen stal gezet heeft, door die ziekte aangestoken, en ten gevolge daarvan gestorven of in prijs verminderd zijn.

TITEL XIV.

VAN VERBRUIKLEENING.

(Artt. 1791—1806. EERSTE GEDEELTE, § 1046—1058, bl. 254, 255.)

Geschriften: ASSER, 567—571; VOORDUIN, V, 373—383; DIEPHUIS, VIII, 177—208; OPZOOMER, III, 214—217; LOKE, 328—335.

Algemeene bepaling.

§ **1046.** Verbruikleening verschilt van bruikleening, want: 1°. de eerste heeft verbruikbare, de tweede niet verbruikbare zaken tot onderwerp, artt. 1779, 1791: *mutuum consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, l.* 2 § 1 *D. de reb. cred.;* 2°. door verbruikleening wordt de eigendom overgedragen aan den leener, door bruikleening niet, artt. 1778, 1792. De Romeinsche regtsgeleerden willen zelfs hunne benaming *mutuum* daaraan ontleend hebben; *appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiăt tuum, non nascitur obligatio. l.* 2 § 2, *Pr. I. Qb. mod. re contr. obl.;* 3°. bij bruikleening komt het verlies der zaak door toeval of overmagt voor rekening van den uitleener, bij verbruikleening voor die van den leener, artt. 1781 vlg., 1792; 4°. de gebruiker moet dezelfde zaak, de leener dezelfde hoeveelheid, soort en hoedanigheid teruggeven, artt. 1777, 1791; 5°. bruikleening geschiedt altijd om niet, bij verbruikleening kunnen interessen bedongen worden, artt. 1777, 1802.

Verpligtingen van den uitleener.

§ **1047.** Over de wederzijdsche regten en verpligtingen van den leener en den uitleener, zie POTHIER, *Tr. du contr. de prêt*

de cons., 27—52; DELV., VIII, 325—328; DUR., XVIII, 578—592; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Prêt*, § 178—221; LAURENT, *Princip.*, d. XXVI, bl. 501—530.

Verpligtingen van den leener.

§ **1048**. Wanneer er derhalve geen tijd bepaald is, kan de teruggave dadelijk en ieder oogenblik gevorderd worden behoudens het uitstel door den regter te verleenen.

§ **1049**. De bepaling, dat de leener de zaak zal teruggeven, wanneer hij daartoe in staat zal zijn, verschilt veel van die, dat hij die zal teruggeven, als hij wil; deze laatste bepaling zou nietig zijn, art. 1292, en boven, *ad* § 741. De voorwaarde echter, dat ik betalen zal, wanneer ik daartoe in staat zal zijn, hangt niet af van mijnen wil. De vraag, of ik in staat ben te betalen, hangt dan ook af van omstandigheden en gebeurtenissen die zeer goed voor bewijs en voor regterlijk onderzoek en beslissing vatbaar zijn. Immers, wanneer ik daartoe in staat zal zijn, is eene omstandigheid die van de fortuin en niet van mijnen wil afhangt. De regter heeft slechts te onderzoeken, of die omstandigheid aanwezig is.

§ **1051**. De waarde van het geld bestaat niet in de innerlijke waarde der stukken metaal, maar wel in de gangbare, burgerlijke waarde, daaraan door de wet gegeven, art. 174 Gr. 1). Indien er dus vóór het tijdstip der voldoening vermeerdering of vermindering van de waarde der geldspecie of verandering in de gangbaarheid plaats heeft, geschiedt de teruggave der geleende som in zoodanige specie, als ten tijde der voldoening gangbaar is, berekend naar hare gangbare waarde op dat tijdstip. B. v. hij, die vóór de inwisseling der oude zesdehalven (wier oorspronkelijke waarde van vijf en een halve stuiver, of zeven en twintig en een halve cent, in der tijd tot op vijf stuivers of vijf

---

1) Art. 174 Gr. spreekt van gewigt, gehalte en waarde. Deze uitdrukking is eigenlijk onjuist. Gehalte en waarde der muntspecie is hetzelfde. Eén dezer woorden is dus overtollig, tenzij men onder gehalte den naam versta; eene opvatting, die welligt geregtvaardigd zou worden door den Franschen tekst (*le titre*), doch niet door de beteekenis van het woord gehalte.

en twintig centen verminderd is) ter leen ontvangen had eenen zak zesdehalven van 1000 stuks (ter waarde van *f* 275), kon na die inwisseling niet volstaan met gelijke 1000 stuks terug te geven. Hij blijft altijd *f* 275 schuldig, hetzij hij betale in zesdehalven, hetzij in eenige andere gangbare munt: *in pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem. L.* 94, § 1 *D. de solut.*

Tenzij enz. Indien ten opzigte der leening van een zeker getal stukken van eene bepaalde munt, de partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen, dat hetzelfde getal en dezelfde soort van stukken zullen worden teruggegeven, moet de leener het juiste getal stukken van denzelfden aard, en niet meer noch minder teruggeven, art. 1794. De *C. N.* had in dat geval niet voorzien, en onze wet heeft in dit opzigt eene gewigtige uitbreiding ondergaan. Maar wat, als dezelfde soort van stukken, die de leener zich verbonden heeft terug te geven, op het tijdstip der betaling niet meer in voldoende hoeveelheid bestaat, b. v. als eene algemeene inwisseling of versmelting van muntspeciën heeft plaats gehad? — Hetzelfde artikel beslist, dat in dat geval het ontbrekende moet worden vergoed met munt van hetzelfde metaal, zoo na mogelijk van hetzelfde gehalte, en te zamen inhoudende even veel metaal fijn (dat is, even veel wezenlijke, innerlijke waarde aan metaal), als de ontbrekende hoeveelheid der verschuldigde stukken metaal fijn inhield. — Deze bepaling is over het algemeen billijk. Echter zou zij in één geval aanleiding kunnen geven tot zwarigheden in een land, waar, gelijk b. v. vroeger in het onze, veel gesnoeid geld in omloop en gangbaar is; eene omstandigheid, die het dikwijls moeijelijk en onmogelijk kan maken met juistheid te bepalen, hoe veel metaal fijn de geleende stukken inhielden. B. v., ik heb aan iemand ter leen gegeven *f* 1000 in stukken van één gulden ieder, oude munt, met beding dat ik de geleende som in dezelfde geldstukken zal terug ontvangen. De oude guldens worden ingetrokken. Wat zal nu de leener moeten teruggeven, als hij beweert, dat de guldens, die hij ontvangen heeft, gesnoeid waren? — Men moet het er voor houden, dat zij gaaf geweest zijn, en de leener moet teruggeven zoo veel metaal fijn, als duizend oude guldens inhiel-

den; tenzij hij bewijze, dat de geleende stukken minder inhielden en hoe veel zij door snoeijing in wezenlijke waarde verminderd waren. — Zoo ook kan hij, die, in het geval van het eerste lid van art. 1794, 1000 stukken van éénen gulden ter leen ontvangen heeft, niet volstaan met even zoo veel gesnoeide stukken terug te geven, tenzij hij bewijze gesnoeide stukken ontvangen en tevens de bevoegdheid bedongen te hebben, om gesnoeide stukken terug te geven. Alle twijfel daaromtrent is opgeheven, nadat de woorden: zonder acht te slaan op de waarde, der geldstukken, uit eene vroegere redactie zeer te regt zijn verdwenen *a*).

Leen met interessen.

§ **1053.** Over leen met interessen, zie POTHIER, 53—131; DELV., VIII, 328—330; DURANTON, XVIII, 597—606; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Prêt à int. et à us.;* LAURENT, *Princip.*, d. XXVI, bl. 530—554. Interessen behooren even weinig tot het wezen van dit contract als van dat van bruikleening, hoezeer de definitie hier niet, gelijk voor bruikleen in art. 1777, uitdrukkelijk zegt, dat de leen geschiedt om niet; maar dit volgt genoegzaam uit deze bepaling, dat interessen kunnen worden bedongen.

Verbruikbare zaken. Art. 1905 *C. N.* sprak daarenboven nog van andere roerende goederen, doch onjuist. Wel kan men bij de leening van eene niet verbruikbare roerende zaak zeker loon, onder den naam van interessen, bedingen; maar 1°. is leen van eene andere roerende zaak geen verbruikleen, maar bruikleen, artt. 1777, 1779, 1791; 2°. ontaardt deze bruikleening, indien daarvoor, onder welken naam ook, een loon bedongen wordt, in huur en verhuur. Zie boven, *ad* § 1038.

§ **1056.** Wanneer men dit art. leest, dan kan er niet wel aan getwijfeld worden, dat volgens hetzelve naar den regel de conventionnele interessen de wettelijke mogen te boven gaan; en dat de wet dit alleen in enkele uitgezonderde gevallen verbiedt. Intusschen bepaalde zekere Fransche wet van 3 September 1807, onder anderen te vinden bij FORTUIN, *Verz. van wetten, enz. van*

---

a) Zie echter DIEPHUIS, t. a p., n°. 445.

Franschen oorsprong, II, 452, 453, niet alleen dat de wettelijke interessen zijn voor burgerlijke zaken vijf, en voor handelszaken zes ten honderd, maar ook, dat men bij overeenkomst geene hoogere interessen mag bedingen, en dat, bij overtreding hiervan, de hoogere interessen tot het beloop der wettelijke worden ingekort. Men mogt gerustelijk aannemen, dat deze wet, wat het eerste punt, de regeling der wettelijke interessen betreft, door het B. W. niet was afgeschaft. Maar kon hetzelfde ook gezegd worden van het tweede, zoodat het ook bij ons, niettegenstaande de stellige bepaling van dit artikel, in het algemeen en altijd verboden bleef, hoogere dan de wettelijke interessen te bedingen? Sommige schrijvers, meer lettende, zoo het schijnt, op eene verklaring der regering, waarbij verwezen wordt naar alsnog bestaande verordeningen, die zoodanig beding zouden verbieden, dan op de eigenlijke bepalingen der wet zelve 1), waren van dit gevoelen. Zie b. v. LIPMAN, bl. 534, DE MARTINI en VERNEDE a. h. a., het tijdschrift *Regt en Wet*, II, 43 en 47, en vooral ook een arrest van den hoogen raad van 20 Jan. 1853, bij VAN DEN HONERT, *Gem. Zaken*, IX, 323—328. Anders echter *Regtsg. Adv.*, IV, 122—126. Zie ook *Weekbl.* n°. 795, 801. Intusschen heeft de wet van 22 Dec. 1857 (*Stbl.* n°. 171) aan dit verschil een einde gemaakt. Bij art. 1 van die wet wordt die van 3 Sept. 1807 buiten werking gesteld, en daar nu dit de eenige wet was, die de vrijheid om de renten boven een zeker bedrag op te voeren beperkte, zoo volgt hieruit, dat de conventionnele interessen thans altijd de wettelijke mogen te boven gaan. Zijn echter bij de overeenkomst alleen renten bedongen, zonder dat de hoegrootheid daarvan bepaald is, dan zijn de wettelijke renten verschuldigd (artt. 1804, 1805), en het bedrag daarvan wordt bij art. 2 derzelfde wet bepaald in burgerlijke zaken op vijf en in handelszaken op zes ten honderd in het jaar.

§ 1057. En, indien, enz. Deze bepaling is nieuw en de reden daarvan is, omdat het dikwijls gebeurt, dat een geldop-

1) Ook ik had mij in mijne twee eerste uitgaven door deze verklaring der regering laten verleiden tot eene leer, van welker onjuistheid ik later volkomen overtuigd geworden ben.

nemer zich verbindt tegen zekeren bepaalden tijd de geleende som terug te geven met de interessen, zonder nadere bepaling van de hoegrootheid dier interessen. Hieruit blijkt dan ook, dat het in geschrift brengen van de hoegrootheid der bedongen interessen niet *solemnitatis*, maar slechts *probationis causa* vereischt wordt, zoodat bij ontkentenis het bewijs door getuigen alleen niet wordt toegelaten noch over het beding, noch over de hoegrootheid, maar dat, het overigens genoegzaam bewezen zijnde, geenszins nietig is, omdat men het niet in geschrift heeft gebragt *a*).

§ **1058.** Zie boven, *ad* § 821. Dat de betaling der hoofdsom zonder voorbehoud ook die der interessen doet vooronderstellen, laat zich begrijpen; het artikel voegt er echter bij: e n w o r d t d e s c h u l d e n a a r d a a r v a n (van de betaling der interessen) b e v r ij d. Maar wat nu, als de schuldeischer b e w ij s t, door den beslissenden eed b. v. of door andere wettige middelen, dat die interessen werkelijk niet betaald zijn? Zal dan de schuldenaar niettemin van die betaling bevrijd zijn? Dat het moeijelijk is de reden voor zulk eene bevrijding te doorgronden, en dat men dan ook uit den aanhef van het artikel zou moeten afleiden, dat hier slechts de rede is van een vermoeden, mag waar zijn; de woorden zijn nogtans zoo stellig, dat iedere onderscheiding daardoor schijnt te zijn uitgesloten: d e s c h u l d e n a a r WORDT d a a r v a n bevrijd *b*). En bovendien, als zij dit niet beteekenen, wat beteekenen zij dan? Niets; want dat de schuldenaar v e r m o e d

a) Dit acht ik niet juist. Men moet onderscheiden tusschen de hoegrootheid van bedongen interessen en het beding zelf van interessen Omtrent de wijze waarop het laatste tot stand komt, bepalen de artt. 1804, 1805 niets. Bij verschil daaromtrent tusschen partijen, mag dus het bewijs door ieder bij de wet erkend middel geleverd worden. Alleen over het eerste handelen de genoemde artikelen. Is de hoegrootheid der bedongen interessen niet bij geschrifte bepaald, dan is bij verschil tusschen partijen daaromtrent, e l k ander bewijsmiddel uitgesloten, en zijn de wettelijke interessen verschuldigd.

b) Ik deel geheel de zienswijze, dat tegen het wettelijk vermoeden van art. 1806 geen tegenbewijs is toegelaten. Maar daaruit volgt dan ook, dat wanneer de schuldenaar zich beroept op eene kwijting voor de hoofdsom zonder voorbehoud van interessen afgegeven, de schuldeischer niet kan worden toegelaten tot het opdragen van den beslissenden eed of het aanvoeren van eenig ander bewijsmiddel omtrent het feit dat de interessen werkelijk niet betaald zijn.

wordt bevrijd te zijn, was reeds gezegd; en, om dit te zeggen, waren die woorden derhalve niet noodig.

TITEL XV.

VAN GEVESTIGDE OF ALTIJDDURENDE RENTEN.

(Artt. 1807—1810. EERSTE GEDEELTE, § 1059—1061, bl. 256.)

Geschriften: ASSER, § 571—574; VOORDUIN, V, 383—392; DIEPHUIS, VIII, 209—219; OPZOOMER, III, 217—220; LOKE, 335—340.

§ **1059**. Over gevestigde of altijddurende renten, zie POTHIER, *Tr. de const. de rente*, 2—214; DELV., VIII, 330—338; DURANTON, XVIII, 607—630; DALLOZ, *Rép.*, in voce *rent. const.;* LAURENT, *Princip.*, d. XXVII, bl. 1—49. Waarin gevestigde rente verschilt van lijfrente, zie beneden *ad* § 1064.

§ **1060**. Aflosbaar. Door den schuldenaar of rentschuldige namelijk, omdat het met de natuurlijke vrijheid strijden zou zichzelven en zijne erfgenamen voor altijd te verbinden, en onder de afhankelijkheid van eenen schuldeischer te plaatsen. Men neemt gewoonlijk geld op altijddurende renten op in een oogenblik van nood; maar men wordt stilzwijgende geacht zich het regt te hebben voorbehouden, om zich van de voor de vrije circulatie zijner bezittingen zoo belemmerende verpligtingen te kunnen ontslaan, als men in beteren toestand geraakt is. De schuldeischer of rentheffer alleen heeft zich verbonden om zijn geld niet terug te vorderen (art. 1807), en hij kan dit ook niet dan in de drie uitgezonderde gevallen van art. 1809; voor hem is de overeenkomst altijddurende *a*).

---

a) De door den Schr. der *Handl.* aangevoerde gronden kunnen m. i. deze bepaling moeijelijk regtvaardigen. Inbreuk op de natuurlijke vrijheid wordt evenmin gemaakt door de verbindtenis om altijd zekere renten te betalen, als door die om zulks gedurende een bepaalden tijd te doen; er bestaat alleen quantitatief, niet qualitatief verschil. Het beroep op art. 1807 acht ik evenmin afdoende. Uit het verbod voor den uitleener om de hoofdsom terug te vorderen toch vloeit voor den rentschuldige geenzins de bevoegdheid voort om van zijne verpligting tot rentebe-

Die echter, enz. Deze bepaling is nieuw. Men achtte het gevaarlijk, dat er een al te lange tijd zou kunnen verloopen tusschen de opzegging en de aflossing, omdat de schuldenaar de eerste zou kunnen vergeten, eer de tijd der tweede dáár was *a*).

§ **1061.** De Fransche schrijvers waren het niet eens over de vraag, of deze bepaling ook van toepassing was op overeenkomsten vóór de invoering van den *Code* aangegaan. Bij ons is die vraag van weinig belang, omdat zij slechts zeer zeldzaam kan voorkomen. De geheele overeenkomst van altijddurende renten is bij ons hoogst zeldzaam, en was dit vóór de invoering der Fransche wetgeving hier te lande nog meer. — Maar hoe de vraag voor die zeldzame gevallen te beantwoorden? Men vindt alsdan het antwoord in art. 3 der transitoire wet: de regten uit overeenkomsten voortvloeijende worden geregeld door de wetten, die in werking waren toen die overeenkomsten zijn gesloten. Als derhalve die wetten aan den schuldenaar het regt waarborgden, dat hij tot de aflossing niet zou kunnen genoodzaakt worden, dan heeft noch de *C. N.* noch het nieuwe wetboek hem dat regt kunnen ontnemen. Hirbij komt nog, dat art. 1818 van het wetboek van 1830 dezelfde bepaling toepasselijk verklaarde op vroegere overeenkomsten, doch dat dit artikel bij de laatste her-

---

taling zich te ontslaan, door teruggave van de hoofdsom. Welligt is men tot de bepaling geleid door de overweging, dat eene voortdurende verpligting tot rentebetaling voor den schuldenaar somtijds zeer drukkend kan worden, en dat de schuldeischer die de hoofdsom terugerlangt, veelal wel gelegenheid vindt deze op andere wijze vruchtdragend te maken. Maar dan ook acht ik de bepaling bedenkelijk. Aflossing zal voor den rentschuldige het voordeeligst zijn op een tijdstip waarop veel geld beschikbaar is, dus tegen lage rente kan geleend worden, maar juist op zoodanig tijdstip zou de renthefter door de aflossing groot nadeel kunnen lijden, omdat hij dan voor het terug te ontvangen kapitaal alligt niet zooveel rente kan bedingen als de altijddurende rente bedroeg.

a) Die reden door de Regering in de eerste plaats aangevoerd, is zeer vreemd. De schuldenaar die in zijn eigen belang de opzegging doet, zal wel niet vergeten af te lossen, zoodra hij hiertoe bevoegd is. Van meer gewigt is de in de eerste plaats door de Regering aangevoerde reden „dat, wanneer er geen termijn bepaald is, partijen zouden kunnen overeenkomen, dat de renten niet zouden opeischbaar (bedoeld is: aflosbaar) zijn dan, b. v., 20 of 30 jaren na de opzegging, hetgeen strijdig zou zijn met het beginsel, bij den aanhef van het tweede lid van dit artikel aangenomen", VOORDUIN, V, bl. 384.

ziening is weggelaten, op grond dat vroeger gesloten overeenkomsten niet door eene latere wetgeving behooren geregeerd te worden, en alzoo de aflosbaarheid of niet-aflosbaarheid der gevestigde renten, moet worden beoordeeld naar de wetten, die op het sluiten des kontrakts zijn in werking geweest, VOORDUIN, V, bl. 389.

TITEL XVI.

VAN KANS-OVEREENKOMSTEN.

(Artt. 1811—1828. EERSTE GEDEELTE, § 1062—1076, bl. 256—258.)

Geschriften: ASSER, 574—578; VOORDUIN, V, 392—403; DIEPHUIS, VIII, 220—271; OPZOOMER, III, 220—228; M. TH. GOUDSMIT, *begrip en wezen der kans-overeenkomsten.*

Algemeene bepalingen.

§ **1062.** Het voorname kenmerk der kans-overeenkomst is, dat zij tot schuld-oorzaak heeft niet de levering eener zekere zaak of eenige andere prestatie, maar eenvoudig het gevaar, de kans, die door de wederpartij geloopen wordt, om in zeker geval, bij het ontstaan van zekere gebeurtenis, iets te moeten geven, zoo als dit meer in het breede is aangetoond boven *ad* § 784.

§ **1063.** 1°. Zie artt. 246—308, 592—695 W. van K.

2°. Zie artt. 569—591 W. van K.

3°. Over lijfrente, zie POTHIER, *Tr. du contrat de const. de rente*, 215—259; DELV., VIII, 366—380; DURANTON, XIX, 120—186; DALLOZ, *Rép.*, in voce *rente viagère;* LAURENT, *Princip.*, d. XXVII, bl. 292—372. A. F. A. VAN HOGENDORP, *Diss. de red. vit.*, L., 1832, en over hetzelfde onderwerp, volgens het nieuwe wetboek, R. J. G. C. DE NERÉE, *Diss. de contr. red. vit. ex jur. nov.*, Tr. ad Rh. 1837, en meer bijzonder, naar het hedendaagsche regt, LOKE, 340—344.

4°. Over spel en weddingschap, zie POTHIER, *Tr. du jeu;*

DELV., VIII, 364—366; DURANTON, XIX, 100—119; DALLOZ, *Rép.*, in voce *contr. aleat*; LAURENT, *Princip.*, d. XXVII, bl. 207—292.

Lijfrente

§ **1064**. Lijfrente verschilt van gevestigde of altijddurende rente, onder anderen, in de volgende opzigten: 1°. lijfrente is eene kans-overeenkomst, gevestigde rente niet; 2°. gevestigde rente is uit haren aard aflosbaar, art. 1808; lijfrente kan niet worden afgelost, art. 1821; 3°. wanneer de gevestigde rente gedurende twee jaren niet betaald wordt, kan de rentheffer aflossing vorderen; wanbetaling der lijfrente geeft hem alleen het regt, om zijnen schuldenaar voor de verschuldigde renten aan te spreken en uit te winnen, en om zekerheid te vragen voor de te vervallen renten, artt. 1809, 1819; 4°. de rentheffer eener gevestigde rente kan de aflossing eischen wegens faillissement of kennelijk onvermogen van den rentschuldige, die eener lijfrente kan dit niet, artt. 1809, 1820, enz. Zie de NERÉE, aang. *Diss.*, p. 47 *sqq*.

2°, 3°. Als de lijfrente om niet gevestigd is, is zij, gelijk van zelf spreekt, onderworpen aan al de bepalingen omtrent uitersten wil of schenking, en bepaaldelijk ook aan inkorting, indien zij inbreuk maakt op het wettelijk erfdeel, art. 965 *a*).

§ **1066**. Want dan bestond er geen gevaar voor de handelende partijen, en het is juist dat gevaar, dat het wezen der kans-overeenkomst uitmaakt, dat de oorzaak is der wederzijdsche verbindtenissen. Zie boven, *ad* § 784, 1062. Volgens art. 1975 *C. N.* had hetzelfde plaats, indien de lijfrente gesteld was op het leven van iemand, die leed aan eene ziekte, ten gevolge waarvan hij binnen de twintig dagen na de overeenkomst is overleden. — Men heeft deze reden van nietigheid bij ons doen vervallen, voornamelijk om de moeijelijke geschillen, waartoe het aanleiding kon geven, af te snijden, b. v. over de vragen, wanneer de ziekte begonnen is, of zij van den beginne af doodelijk was, of zij werkelijk de oorzaak van den dood geweest is, enz. Het spreekt

---

a) Behoudens het bepaalde bij art. 1815, 2e lid.

van zelf, dat, indien er bedrog of dwaling heeft plaats gehad, de overeenkomst uit dien hoofde kan vernietigd worden.

§ **1068**. De rente mag dus de wettelijke interessen overschrijden, even als bij verbruikleen; zie boven, *ad* § 1056. Dit moest hier ook *a fortiori* het geval zijn. De gewone interessen bij verbruikleen zijn slechts de vruchten van het geleende geld, de lijfrente is veel meer. Zij is de vergoeding van het gevaar, dat de andere partij loopt. Dit gevaar is afhankelijk van den ouderdom, de gezondheid, de leefwijze enz. van hem, op wiens hoofd de lijfrente gevestigd is, en van eene menigte andere toevallige omstandigheden, die het onmogelijk maken de kansen van winst en verlies zelfs *approximatief* te begrooten. Zie DURANT., XIX, 152.

§ **1069**. De zekerheid is de voorwaarde, waaronder de overeenkomst gesloten is, welke voorwaarde, als zij niet vervuld wordt, de vernietiging der overeenkomst medebrengt *a*).

De bedongen renten *b*).

§ **1070**. Mits de rentheffer, enz. Volgens den algemeenen regel van art. 1902, dat hij die beweert eenig regt te hebben dit bewijzen moet, zoodat misschien deze geheele bepaling zonder groot nadeel had kunnen gemist worden. De titel der lijfrente is niet genoeg om van den rentschuldige het bewijs te vorderen, dat hij bevrijd is, naar den regel: *reus excipiendo fit actor*. De inschuld van den rentheffer was slechts voorwaardelijk, indien hij, op wiens leven de lijfrente gevestigd is, leeft: hij moet het bestaan dezer voorwaarde bewijzen.

Doch wanbetaling, enz. Kan men bij de overeenkomst bepalen, dat door wanbetaling de overeenkomst zal zijn vernietigd, en de rentheffer het regt zal hebben, om de aflossing van de hoofdsom of de teruggave van het afgestane goed te vorderen? — Neen. Zulk een beding zou in strijd zijn met het wezen der over-

a) Het beding dat men zekerheid zal verschaffen is niet te beschouwen als eene voorwaarde der overeenkomst, maar als eene verpligting, die de rentpligtige bij het sluiten der overeenkomst op zich neemt. De niet-vervulling dier verpligting geeft volgens art. 1818, in overeenstemming met den algemeenen regel van art. 1302, den rentheffer het regt de vernietiging of, juister uitgedrukt, de ontbinding der overeenkomst te vorderen.

b) Die altijd hooger zullen zijn dan de wettelijke interessen.

eenkomst, waarbij de rentheffer dat geld of dat goed onherroepelijk heeft vervreemd. Zie voorts DELV., VIII, 367; DE NERÉE, aang. *Diss.*, 54—56 *a*).

§ **1071.** Bij voorb. A heeft aan B eene som van *f* 2000 op lijfrente gegeven, tegen 10 ten honderd, dus *f* 200 's jaars. B failleert, en zijn boedel is slechts toereikende, om aan de schuldeischers 50 ten honderd uit te betalen. A behoudt slechts aanspraak op *f* 100 in het jaar, in plaats van op *f* 200, en er moet eene som in den boedel gehouden worden, toereikende om hem jaarlijks die *f* 100 uit te keeren *b*).

§ **1072.** Want van het oogenblik, dat deze heeft opgehouden te leven, is het regt van den rentheffer vervallen. Art. 2897 van het ontwerp van 1820 hield eene tegenovergestelde bepaling in, deze namelijk, dat de loopende rente op den eerstkomenden verschijndag ten volle moest worden uitbetaald.

Spel en weddingschap.

§ **1074.** Spel en weddingschap verrijken den éénen ten koste van den anderen. Het spel inzonderheid is eene te gevaarlijke drift, om door de wet als geldige overeenkomst te kunnen erkend worden. Alle wetgevers bijna hebben zich beijverd de schrikkelijke gevolgen daarvan zoo veel mogelijk te keer te gaan, en zijne ellendige slagtoffers, die, na hunne fortuin en die hunner vrouwen en kinderen verspeeld te hebben, hunne eer en hun goeden naam aan de wisselvallige kansen van de speeltafel prijs geven, ten minste zoo veel mogelijk in getal te verminderen, sommigen door het spel geheel te verbieden, zoo als te Rome bij een *senatus-consult* geschied en dit verbod later door JUSTINIANUS bekrachtigd is, *l.* 2, § 1 *D.*, *l.* 3 *C. de aleat.;* anderen door aan den winner niet alleen alle regtsvordering om het gewonnene te verkrijgen te weigeren, maar daarenboven aan den verliezer het regt te geven om het verlorene en betaalde terug te vorderen, *l.* 3, § 1, 2 *D.*,

---

a) Anders echter DIEPHUIS, t. a. p., n°. 577.

b) Voor de overige *f* 100 behoudt hij intusschen zijn regt op de goederen die na het faillissement aan den niet gerehabiliteerden schuldenaar mogten opkomen.

l. 1, *l.* 3 *C. eod.;* anderen weder door winst en verlies tot eene zekere mate en hoeveelheid te beperken, DE GROOT, *Inl.*, III, 3, 49. Zie meer over dit geheele onderwerp, H. COCK, *Comm. de alea*, Tr. ad Rh., 1818.

§ **1075.** Alle schuldbekentenis dus, waarbij men eene schuld van spel of weddingschap zou erkennen, en zich tot de betaling daarvan verbinden, is nietig, ook dan zelfs, wanneer men daaraan eene andere fictieve schuld-oorzaak geeft, mits natuurlijk de valschheid dier uitgedrukte oorzaak bewezen zij *a*). Deze bepaling is vooral heilzaam, omdat men dikwijls op deze wijze de bepalingen der wet tegen spel en weddingschap tracht te ontduiken. Want ongelukkig is het met het spel gelegen als met het duel. Men kan tegen het ééne zoowel als tegen het andere wetten maken; maar het kwaad geheel uit te roeijen zal wel onmogelijk zijn, zoo lang duellisten en spelers meer gehoor blijven geven aan de stem van een blind vooroordeel en van een valsch *point d'honneur*, dan aan die der wet. De eenige deugd, die een speler dikwijls bijblijft, is de naauwgezetheid om de verpligtingen door eene laakbare drift op zich genomen, ten koste van alles, getrouw na te komen.

§ **1076.** Men heeft begrepen, dat, als men aan den éénen kant aan den winner alle regtsvordering weigerde, het aan den anderen kant billijk was geen regt te geven om terug te vorderen datgene, wat men vrijwillig betaald heeft; omdat, hoezeer de wet geene speelschuld erkent, er niettemin eene soort van natuurlijke verbindtenis bestaat om die te voldoen, die de *condictio indebiti* uitsluit, art. 1395, en boven, *ad* § 797.

---

a) Niet van het erkennen eener schuld ter zake van spel of weddingschap, maar van het aangaan eener nieuwe verbindtenis is in art. 1827 sprake. Deze laatste is nietig, wanneer bewezen wordt, dat zij is aangegaan om in de plaats te treden van de schuld uit eerstgemelde hoofde voortspruitende.

TITEL XVII.

VAN LASTGEVING.

(Artt. 1829—1856. EERSTE GEDEELTE, § 1077—1094, bl. 259—262.)

Geschriften: ASSER, 578—583; VOORDUIN, V, 392—410; DIEPHUIS, VIII, 272—361; OPZOOMER, III, 228—232; LOKE, 371—390.

Algemeene bepalingen.

§ **1077.** Lastgeving is de overeenkomst, waarbij de last gegeven en aangenomen wordt. Last of volmagt is de akte, waarbij de overeenkomst van lastgeving wordt gesloten: de titel, het bewijs. Last is ook nog de zaak, die door den lastgever moet worden ten uitvoer gebragt.

Stilzwijgende. »De aanneming van eenen last kan ook stilzwijgende geschieden," zegt art. 1830. De last kan echter niet alleen stilzwijgend aangenomen, maar ook gegeven worden. Zoo strekt b. v. de overhandiging van het vonnis, welks uitvoering men begeert, aan den deurwaarder tot volmagt in die zaak tot het doen van de geheele exécutie van dat vonnis, met uitzondering alleen van die bij lijfsdwang, waartoe eene bijzondere volmagt vereischt wordt. Art. 434 Wetb. van Burg. Regtsv.

§ **1078.** 1°. Behoudens, in dat geval, de bepalingen van art. 1933, waarnaar uitdrukkelijk verwezen werd in art. 1985 *C. N.* en art. 1840 van het wetboek van 1830.

§ **1080.** 3°. Omdat men daardoor beschikt over zijne regten en dus meer doet dan eene daad van beheer. De magt om dading te treffen sluit niet in zich de bevoegdheid, om de beslissing eener zaak aan scheidsmannen te onderwerpen, art. 1834. De dading is eene minnelijke schikking, waarbij beide partijen zich eenige opoffering getroosten, art. 1888. Het *compromis* is meer, daarbij onderwerpt men zich aan de beslissing van derden. De lastgever

kan zich zeer goed hebben willen verlaten op de kennis en de goede trouw van zijnen lasthebber, om eene zaak in der minne te eindigen, zonder nog in zulk eene beslissing van derden te hebben toegestemd.

§ **1081.** Minderjarigen. Art. 1990 *C. N.* en art. 1845 van het wetboek van 1830 gaven die bevoegdheid alleen aan geëmancipeerde minderjarigen. Men heeft dit bij de laatste herziening veranderd, omdat de lastgever, door aan eenen minderjarigen eenen last op te dragen, genoeg toont hem te vertrouwen; terwijl het voor hem die met den lasthebber handelt vrij onverschillig is, of deze geëmancipeerd is of niet.

§ **1082.** Dit is natuurlijk; want de zaakgelastigde heeft niet in zijnen naam, maar in dien van den lastgever gehandeld, art. 1829.

Verpligtingen van den lasthebber.

§ **1083.** Over de verpligtingen van den lasthebber, zie POTHIER, *Tr. du contr. de mand.*, 37—66; DELV., VII, 320—325; DURANTON, XIX, 238—258; DALLOZ, *Rep.*, in voce *Mandat*, § 187—317; LAURENT, *Princip.*, d. XXVII, bl. 508—583.

1°. Want de lasthebber, die eenen last aanneemt en dien niet volvoert, is oorzaak van de schade, die de lastgever, die anders een geschikter persoon had kunnen zoeken, of de zaak zelf zou verrigt hebben, daardoor lijdt: *sicut enim liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummandum, aut quam primum renuntiandum. L.* 22, § 11 *D. mand.*

3°, 4°. Die rekening en verantwoording geschiedt òf in der minne òf geregtelijk. Over deze laatste zie artt. 771—793 W. van B. R., waarbij de vorm wordt geregeld der *actio mandati directa*, voor zoo verre die strekt tot het vorderen en het doen van rekening en verantwoording. Daaruit moet echter niet worden afgeleid, dat de lastgever altijd noodzakelijk dezen en geen anderen weg volgen moet, en dat hij ook dan rekening zou moeten vragen, indien hij zonder deze kan aantoonen, welke som hij van zijn gemagtigde te goed heeft, en dat hij niet integendeel eenvoudig die som zou mogen opvorderen. Immers uit het Wetb. van B. R., dat alleen regelt den vorm der actiën, en zoo ook van

dien tot het doen van rekening voor hem die daarvan wil of moet gebruik maken, kan zoo iets niet worden afgeleid; en het B. W., dat de actie geeft en bepaalt, uit ieder contract voortvloeijende, houdt nergens die beperking in. De lasthebber moet verantwoorden, d. i. uitkeeren, alles wat hij ontvangen heeft voor zijnen lastgever; maar dat die uitkeering nooit zou kunnen gevraagd worden, dan na een dikwijls geheel onnoodig, omslagtig en kostbaar rekening-proces, wordt nergens gezegd. De lasthebber, die tot betaling van een bepaald saldo wordt aangesproken, kan van zijne zijde incidenteel of reconventioneel vragen, hetzij de geregtelijke opname of afsluiting zijner rekening, hetzij alle zoodanige vorderingen doen gelden, die hij ter zake van de uitvoering van zijn last tegen den lastgever meent te hebben; en hij zou derhalve bij zulk eene exceptie niet het minste belang hebben. Zie voorts *Regtsg. Adv.*, IV, 128—133 *a*).

5°. *Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendit. L.* 10, § 3 *D. mand.* Zoo ook bij ons is de lasthebber de interessen verschuldigd van het oogenblik, dat hij het saldo heeft, en dat hij hetzij tot uitbetaling daarvan, hetzij tot het doen van rekening is aangemaand, en dit derhalve werkelijk schuldig was; en niet eerst van den tijd, dat, na een gehouden rekening-proces, dit saldo bij vonnis is vastgesteld. Zie *Regtsg. Adv.*, I, 117, 118. Eene eenvoudige in-verzuimstelling of sommatie is zelfs voldoende, zonder dat er eene dagvaarding noodig is. Ook hier derhalve heeft men eene uitzondering van den regel van art. 1286, even als in art. 1755 voor de bewaarnemers. Zie boven, *ad* § 1011.

§ **1085.** *Is qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati*, § 8 *I. de mand.* Als de lasthebber zijnen last is te buiten gegaan, behoeft de lastgever zijne verbindtenis niet na te komen. Maar de derde, die te goeder trouw met den lasthebber heeft gehandeld, heeft zijn verhaal op dezen, tenzij hij kennis gedragen hebbe van den inhoud van den last.

§ **1086.** Hij heeft dus altijd het regt, om een ander in zijne

a) Zie ook 's hoogen raads arrest van 20 Junij 1884, *W.* n°. 5055.

plaats te stellen, al is hij daartoe niet gemagtigd. Eindigt echter deze substitutie door den dood van den oorspronkelijken lasthebber? Ja. Art. 1850 is algemeen; en de magt van den gesubstitueerde, die handelt voor en namens, en, in de meeste gevallen zelfs voor rekening van den lasthebber, kan niet voortduren, nadat de last geeindigd, en dus de lastgever niet meer tot handelen bevoegd is. Beschouwt men de substitutie als een nieuw contract van lastgeving, wat het eigenlijk is, en alzoo den gesubstitueerde als den gemagtigde van den oorspronkelijken lasthebber, men komt tot hetzelfde besluit. Ook die lastgeving eindigt met den dood van den lastgever. Anders echter *Regtsg. Adv.*, IV, 133—136, althans voor het geval dat aan den gemagtigde bij de volmagt magt tot substitutie is verleend.

1°. Welke magt, enz. De lasthebber staat een ander ten dienste om niet, en het is dus niet te veronderstellen, dat hij zich zal verbinden om tot volvoering van zijnen last zich naar buiten 's lands te begeven *a*). Deze uitzondering is evenzeer toepasselijk op de goederen in de koloniën gelegen. Ook deze zijn buiten het grondgebied van het koningrijk (art. 1 Gr.), en daarvoor bestaat dezelfde reden. Vóór de laatste herziening der Grondwet kon daaraan zeker niet worden getwijfeld; en het is dan ook duidelijk, dat het artikel in dien zin en met die bedoeling is opgesteld. Het tegenwoordige art. 1 Gr., dat spreekt van het koningrijk in Europa, vooronderstelt zeker ook een grondgebied buiten Europa; maar dit artikel zal daardoor van regtswege geene verandering ondergaan, omdat hier zeer duidelijk alleen bedoeld wordt het grondgebied in Europa *b*).

§ 1087. Deze heeft zich verbonden niet jegens den lasthebber, maar door diens tusschenkomst jegens den lastgever.

§ 1088. Ook hiervan is de reden, dat de lastgeving in het belang is van den lastgever, aan wien de lasthebbers zich verbinden om hem eene dienst te bewijzen. Anders was de beslissing van het Romeinsche regt. *L.* 60, § 2 *D. mand.*

---

a) De bepaling der wet luidt intusschen algemeen. De door de wet vooronderstelde magtiging om een ander in zijne plaats te stellen, moet dus ook aangenomen worden, indien den lasthebber eene belooning is toegekend.

b) Anders echter Opzoomer, t. a. p., ad art. 1840.

Verpligtingen van den lastgever.

§ **1089.** Over de verpligtingen van den lastgever, zie POTHIER, 67—89; DELV., VII, 325—329; DURANTON, XIX, 259—271; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Mandat*, § 382—417; LAURENT, *Princip.*, d. XXVIII, bl. 1—85.

1°. Overeenkomstig de volmagt. — En *a fortiori* als de last op voordeeliger voorwaarden is ten uitvoer gebragt. Maar wanneer de lasthebber daarentegen eene andere zaak heeft verrigt dan die waartoe hij gemagtigd was, dan is hij *ultra fines mandati* gegaan, en de lastgever is niet gehouden, al ware de gesloten handeling ook nog zoo voordeelig voor hem, artt. 1834, 1844. Bij voorb. ik geef u last om voor mij het huis van A te koopen voor *f* 20,000. Gij koopt het voor *f* 18,000; dan ben ik door den koop wettig verbonden. Maar als gij het huis van B koopt, dat in alle opzigten even goed of zelfs beter is, voor *f* 15,000 of minder, behoef ik dit niet aan te nemen, noch den prijs te betalen, omdat ik u daartoe niet gemagtigd heb.

2°. Indien aan den lasthebber *a*).

§ **1090.** Is de lasthebber bevoegd om zich daarop bij voorregt te doen betalen? — Neen. Hij zou dit regt alleen kunnen hebben, indien het regt van *retentie* dat van *preferentie* in zich sloot, en dat is het geval niet. Art. 1652 geeft aan arbeidslieden regt van *retentie* op de goederen, die zij onder zich hebben, om daaraan eenig werk te verrigten, tot de volle voldoening van hun loon en van hunne voorschotten; de artt. 1185 en 1193 geven hun daarenboven voor dezelfde inschuld regt van *preferentie* op diezelfde zaken, en dit laatste zou zeker overtollig zijn, als het tweede regt *per se* uit het eerste volgde. Beide regten zijn daarentegen van zeer verschillenden aard. *Retentie* werkt alleen tus-

---

a) Hieruit volgt dat, wanneer door den lasthebber eenig verzuim is gepleegd, daardoor zijne vordering tot teruggave der voorschotten en onkosten niet geheel wordt uitgesloten, maar alleen dat op het bedrag daarvan moet worden gekort de door den lastgever geleden schade, voor zooverre deze het gevolg is van het gepleegde verzuim. Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 28 Mei 1879, R. d. CXXII, § 12.

schen de handelende partijen; *preferentie* ook tegen derden, tegen de schuldeischers *a*).

§ **1091.** Om dezelfde reden, waarom lasthebbers niet hoofdelijk verbonden zijn. Zie boven, *ad* § 1088.

Wijzen waarop lastgeving eindigt.

§ **1092.** Over de wijzen waarop lastgeving eindigt, zie POTHIER, 100—122; DELV., VII, 329—334; DURANTON, XIX, 272—293; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Mandat*, § 418—496; LAURENT, *Princip.*, d. XXVIII, bl. 86—123.

1°. De reden waarom eene lastgeving door den wil van één der partijen kan worden herroepen, tegen den algemeenen regel van art. 1374, is omdat zij van de zijde des lastgevers eenig en alleen berust op het vertrouwen, dat hij in den lasthebber gesteld heeft, en dat kan ophouden te bestaan, terwijl deze laatste eene dienst uit vriendschap heeft op zich genomen, die hem niet langer binden moet dan hij wil: *recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integrum sit, revocatum fuerit, evanescit*, § 9 *I. de mand.* Maar wat nu, indien uitdrukkelijk is bedongen, dat de last onherroepelijk zijn zal, en dit bepaaldelijk is geschied in het voordeel van den gemagtigde? Is zulk een beding geoorloofd of ongeoorloofd? Die vraag is meermalen ter sprake gebragt en zeer verschillend beantwoord en beslist. Zie o. a. J. SCHOUTEN, *Ond. of de lastg. wettig afstand kan doen van het vermogen, hem bij art.* 1851 *B. W. toegekend*, Amst. 1844; *Regtsg. Bijbl.* V, 863, 864; *Regtsg. Adv.*, I, 114—117; *Weekbl.* n°. 942 enz. De zaak kan intusschen niet zeer twijfelachtig zijn. Lastgeving is uit zich zelve en uit haren aard herroepelijk; maar nergens staat geschreven, dat die herroepelijkheid zoo zeer behoort

a) Dit laatste acht ik niet juist. Preferentie (door de wet *privilegie* genoemd, art. 1179) werkt uitsluitend tegenover derden, die mede betaling vorderen uit de opbrengst van het goed, waarop men zoodanig regt heeft. Retentie daarentegen werkt wel in de eerste plaats tusschen de handelende partijen, maar niet uitsluitend. Men denke aan het geval van faillissement. De houder der zaak kan dan zijn regt van retentie tegenwerpen aan den curator, die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeischers, het goed in de failliete massa wil doen terugkeeren, hij behoeft dan het goed niet af te geven, vóór hem zijne vordering is betaald.

tot het wezen der overeenkomst, dat daarvan door partijen niet zou mogen worden afgeweken. Daarvoor zou ook geene reden zijn. In den regel zijn geoorloofd en verbindende alle overeenkomsten, die niet in strijd zijn met de wet, de openbare orde of de goede zeden, artt. 1372, 1373, 1374. De wet nu verbiedt zulk een beding niet, en kan het niet verbieden, zonder groote willekeur. De openbare orde en de goede zeden hebben er even weinig iets mede te maken, want voor beiden is het tamelijk onverschillig, of de last herroepelijk is of onherroepelijk.

De aanstelling van eenen nieuwen lasthebber.

Want de lastgever kan niet verondersteld worden twee lasthebbers voor dezelfde zaak te willen hebben, tenzij het tegendeel duidelijk blijke, in welk geval de eerste lastgeving blijft bestaan. Zij is anders niet minder herroepen, al had de tweede ook geen gevolg, omdat b. v. de tweede benoemde overleden is of den last niet wil aannemen. Zie POTHIER, 114; DELV., VII, 329 *a*). — Wanneer de eerste lastgeving algemeen was en de tweede bijzonder, blijft de eerste bestaan voor alle andere zaken; zij is alleen herroepen, voor zoo veel aangaat de zaak, waarvoor de tweede gegeven is. En omgekeerd, als de eerste bijzonder was, maar de tweede algemeen; dan moet men het er voor houden, dat de lasthebber onder de volmagt voor al zijne zaken ook die heeft willen begrijpen, waarvoor hij vroeger eenen bijzonderen last heeft gegeven; deze laatste is dus herroepen *b*).

Aan den laatstgemelde is kenbaar gemaakt. — Al wordt zijne volmagt daarbij niet uitdrukkelijk herroepen. Genoeg is het, dat hij kennis draagt van den tweeden last.

4°. De vrouw geraakt daardoor onder de magt van haren man, die niet verbonden moet worden door eene lastgeving, die hij niet kende, noch daardoor benadeeld worden, indien zijne

---

a) De wil om de oorspronkelijke lastgeving te herroepen, wordt door de wet afgeleid uit de aan den oorspronkelijken lasthebber medegedeelde aanstelling van eenen nieuwen lasthebber Die wil kan niet afhankelijk zijn van de latere daad van een derde, den nieuwen lasthebber, de aanneming of de weigering n.l. van den aan dezen opgedragen last.

b) Dat dit laatste niet altijd het geval is, leert DIEPHUIS, t. a. p., n°. 799.

vrouw eenen ongeschikten lasthebber heeft aangesteld. In den *C. N.*, waarin deze bepaling niet voorkwam, moest men anders beslissen. DELV., VII, 333 *a*).

§ **1094.** In dit geval is de handeling ook ten zijnen opzigte van waarde, en moeten hem zijne voorschotten, enz., volgens art. 1847 vergoed worden. Jegens derden is zij ook van waarde, al heeft de lasthebber kennis gedragen b. v. van de herroeping door den lastgever, mits zij daarvan onkundig waren. De lastgever blijft jegens hen verbonden, behoudens zijn verhaal op den lasthebber, art. 1852. En het is juist om deze misbruiken te voorkomen, dat hij de acte van volmagt kan terugvorderen, art. 1851.

---

a) Art. 1850 doet den last eindigen door het huwelijk der vrouw, zoowel wanneer zij lastgeefster als wanneer zij lasthebster is. In het eerste geval is daarvan de reden, dat de vrouw door het huwelijk zelve onbekwaam wordt tot handelen, en dus ook niet door een ander niet meer kan laten verrigten datgene, waartoe zij zelve onbevoegd is. In het tweede geval bestaat een andere reden voor de bepaling. Hij die eene getrouwde vrouw als lasthebster aanstelt, weet dat hij tegenover haar in ongunstiger toestand verkeert, dan wanneer hij den last had opgedragen aan iemand, die de vrije uitoefening zijner regten heeft, art. 1835. Hij heeft het dus aan zich zelven te wijten, als hij daardoor schade lijdt. Anders is het, als de vrouw eerst na opdragt van den last in het huwelijk treedt. Dan wordt tengevolge van de beperking der aansprakelijkheid van de vrouw, de waarborg dien de lastgever oorspronkelijk had voor een rigtig beheer, en zonder welken hij welligt de vrouw niet met de waarneming zijner zaken zou hebben belast, buiten zijn toedoen en zoo hij van de huwelijksvoltrekking geen kennis bekomt, buiten zijn weten verminderd. Het is billijk dat in zoodanig geval de opdragt van regtswege vervalt.

TITEL XVIII.

VAN BORGTOGT.

(Artt. 1857—1887. EERSTE GEDEELTE, § 1095—1115, (bl. 262—266.)

Geschriften: ASSER, 583—586; VOORDUIN, V, 410—423; DIEPHUIS, VIII, 362—463; OPZOOMER, III, 233—242; LOKE, 402—420.

Algemeene bepalingen.

§ **1096.** Dit volgt van zelf uit de bepaling van borgtogt in de vorige paragraaf, dat zij is eene overeenkomst, waarbij een derde zich verbindt om te voldoen aan de verbindtenis van den schuldenaar. Daartoe kan men zich niet verbinden, als er geene verbindtenis bestaat.

Men kan enz. Bij voorb. voor eene verbindtenis van eenen minderjarige, die op zichzelve geldig, doch alleen *ratione personae* nietig is. Uit die onbevoegdheid ontstaat alleen eene persoonlijke exceptie voor den minderjarige, art. 1367, die alleen door den minderjarige, en niet door den borg kan worden ingeroepen, art. 1884. De relatieve nietigheid van de hoofdverbindtenis wordt op die wijze gedekt door de regtsgeldige verbindtenis van den borg, die in dit geval door den schuldeischer kan worden aangesproken, zonder dat hij vooraf de uitwinning van de goederen des schuldenaars kan vorderen, art. 1869. Men heeft er wel eens aan getwijfeld, of men zich borg kan stellen voor iemand, die onder curatele gesteld is, en men heeft vermeend van neen, omdat zijne verbindtenissen wegens volslagen gebrek aan toestemming nietig zijn. Onder ons regt is dit zeker onjuist. Art. 1366 plaatst minderjarigen en onder curatele gestelden op ééne lijn; het verklaart beiden onbekwaam om overeenkomsten te treffen. Volgens art. 1367 kan een derde, die bekwaam is om zich te verbinden, zich evenmin beroepen op de onbekwaamheid van den onder curatele gestelde als op die van den minderjarige; beider overeenkomsten

hebben dus ten gevolge eene exceptie, die aan den verbondene in persoon eigen is. — Anders is het gelegen met overeenkomsten ten gevolge van bedrog, geweld of dwaling aangegaan, met overeenkomsten zonder oorzaak, enz. Deze zijn uit haren aard nietig, en het doet niets ter zake, of de persoon die ze heeft aangegaan overigens al of niet bekwaam was om zich te verbinden. Daaruit wordt in het geheel geene verbindtenis, geene actie geboren. Men kan dus de nakoming daarvan niet waarborgen. Alsdan geldt de algemeene regel: *cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem quae sequuntur locum habent l.* 178 *D. de R. J. a*).

§ **1097.** Als de hoofdverbindtenis met eene tijdsbepaling of onder eene voorwaarde is aangegaan, kan die van den borg niet zuiver zijn, maar wel het omgekeerde: *fidejussores et in partem pecuniae, et in partem rei accipi possunt. L.* 9 *D. de fidejuss.* De borgtogt heeft geen ander doel, dan om de nakoming der hoofdverbindtenis te verzekeren. De borg kan dus, als zoodanig, tot niets meer gehouden zijn dan de hoofdschuldenaar.

§ **1099.** Bij voorb. wanneer ik u gezegd heb: »A is een eerlijk man, ik raad u om hem eene zekere som gelds te leenen," dan volgt daaruit nog niet, dat ik mij tot zijnen borg gesteld heb. Maar blijkt het, dat A insolvent is, en dat ik het met hem eens was, om hem uw geld te bezorgen, dan zult gij uw verhaal op mij hebben, niet echter, omdat ik mij borg gesteld heb, wat ik niet deed, maar omdat ik u opzettelijk misleid en bedrogen heb: *consilii non fraudulenti nulla obligatio est: caeterum si dolus et calliditas intercessit de dolo actio competit. L.* 47 *Pr. D. de R. J.*

En kan niet enz. Wanneer iemand zich b. v. heeft borg

---

a) Overeenkomsten ten gevolge van bedrog, geweld of dwaling aangegaan, zijn niet nietig, maar vernietigbaar, gelijk de Schr. der *Handl.* zelf hierboven ad § 854 leert. Zij zijn dus geldig totdat zij vernietigd zijn. Men kan zich daarvoor dus zeer wel als borg verbinden, maar de borg heeft de bevoegdheid om zich op die gebreken te beroepen, indien de schuldeischer hem tot betaling aanspreekt. Zie ook Mr. B. J. Polenaar, in *Themis*, 1882, bl. 161—174, volgens wien de artt. 1858, al. 2, en 1884, al. 2, zijn te beschouwen als eene uitzondering op den regel, dat met de principale verbindtenis van den oorspronkelijken schuldenaar ook de accessoire verbindtenis van den borg vervalt, die naar streng regt niet te verklaren is, maar alleen geregtvaardigd wordt door de eischen van het maatschappelijk verkeer.

gesteld voor de hoofdsom, dan is hij nog niet aansprakelijk voor de daarbij bedongen interesssen. Maar die zich onbepaald tot borg gesteld heeft, is daarentegen wel gehouden voor de *moratoire* interessen, omdat zijn borgtogt zich uitstrekt tot al de gevolgen van de schuld, waaronder ook behooren die interessen, indien de schuldenaar in verzuim is om de hoofdsom te voldoen, artt. 1279, 1286, *L.* 54 *Pr. D. loc. a*).

§ **1101.** 2°. Wegens hun verren afstand. Die afstand is hier alleen ter beoordeeling van den regter, in tegenoverstelling van het geval van art. 1871.

3°. Volgens art. 2018 *C. N.* moest de borg wonen »dans le ressort de la cour royale où elle doit être donnée". Het zou niet geraden geweest zijn dit bij ons na te volgen, omdat de ressorten der verschillende voormalige provinciale hoven aanmerkelijk verschilden in omvang, en omdat men dikwijls verder verwijderd is van eene plaats binnen dan buiten de provincie. Buitendien was dit minder noodig in een klein land als het onze, dat, zelfs onder de voormalige wetgeving, slechts één hoog geregtshof had. De borg moet wonen binnen het koningrijk, dat is binnen het rijk in Europa, en niet in de koloniën, die hier, evenmin als in het geval van art. 1840, onder het koningrijk zijn begrepen. Zie boven, *ad* § 1086.

§ **1103.** Hij, die zich bij overeenkomst tot het stellen van eenen borg verbonden heeft daarentegen, heeft die vrijheid niet, omdat een borg voor den schuldeischer gemakkelijker kan zijn dan pand of hypotheek en men hem niet noodzaken kan iets anders te nemen dan hij bedongen heeft.

Gevolgen van borgtogt tusschen den schuldeischer en den borg.

§ **1104.** Over de gevolgen van borgtogt tusschen den schuldeischer en den borg, zie POTHIER, *Tr. des Obl.*, 408—427; DELV., VII, 356—363; DURANTON, XIX, 331—348; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Cautionnement*, § 164—229; LAURENT, *Princip.*, d. XXVIII, bl. 212—242.

a) En *a fortiori* is hij in dat geval gehouden voor de interessen bij de overeenkomst bedongen.

3°. Want de schuldenaar had die kosten kunnen voorkomen, door onmiddellijk aan de vordering te voldoen.

Voor zoo verre, enz. En niet sedert de kennisgeving, zoo als verkeerd stond in art. 2028 *C. N.;* want als men deze woorden letterlijk opnam, zou daaruit volgen, dat de kosten der dagvaarding van den borg altijd voor diens rekening bleven. De kennisgeving dient alleen om den schuldenaar in staat te stellen om te betalen en verdere kosten te voorkomen.

§ **1110.** 4°. De schuldeischer heeft natuurlijk het regt om eenen nieuwen termijn toe te staan, en de borg kan dit niet beletten. Hij behoeft daarop echter niet te wachten, indien hij zich slechts voor eenen bepaalden tijd verbonden heeft.

§ **1111.** 1°. Maar wat, als de hoofdschuldenaar eerst, en de borg daarna betaald heeft? — Ook dan heeft hij geen verhaal op den schuldenaar, omdat hij dan verkeert in het geval van n°. 2 dezer paragraaf. Hij had dezen van de tegen hem gerigte vordering tot betaling moeten verwittigen, ten einde hem in staat te stellen de gronden bij te brengen, die hij had om de schuld te doen vervallen verklaren, en deze grond was juist gelegen in de reeds gedane betaling.

Gevolgen van borgtogt tusschen de borgen onderling.

§ **1112.** Over de gevolgen van borgtogt tusschen medeborgen, zie Pothier, 446; Delv., VII, 368, 369; Durant., XIX, 365—370; Dalloz, *Rép.*, in voce *Cautionnement*, § 285—296; Laurent, *Princip.*, d. XXVIII, bl. 269—273.

Bij n°. 1 en 2. En niet in de overige gevallen. De reden van dit onderscheid is, omdat hij in de eerste gevallen heeft moeten betalen, terwijl zijne betaling in de overige gevallen vrijwillig was.

Wijzen waarop borgtogt eindigt.

§ **1113.** Over de wijzen waarop borgtogt eindigt, zie Pothier, 407; Delv., VII, 369—372; Duranton, XIX, 371—384; Dalloz, *Rép.*, in voce *Cautionnement*, § 297—371; Laurent, *Princip.*, d. XXVIII, bl. 274—326.

Indien er, enz. De reden, waarom de borgtogt te niet gaat door de schuldvermenging *a*) tusschen den schuldenaar en den borg, is, omdat men niet zijn eigen borg zijn kan; doch deze reden bestaat niet voor den borg van den borg.

Zie voorts over de gevolgen der schuldvermenging, met betrekking tot borgtogt, art. 1473.

§ 1114. 1°. B. v. als de schuldeischer verzuimd heeft eene hypotheek in te schrijven, of als hij daarvan of van eenig ander regt tot zekerheid zijner schuld strekkende afstand gedaan heeft.

§ 1115. Zie boven, *ad* § 1110.

TITEL XIX.

VAN DADING.

(Artt. 1888—1901. Eerste gedeelte, § 1116—1126, bl. 267, 268.)

Geschriften: Asser, 586—588; Voorduin, V, 423—426; Diephuis, VII, 702—744; Loke, 390—396.

§ 1116. De woorden: tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak komen niet voor in de bepaling, die art. 2044 *C. N.* van dading geeft: *la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.* Het onvolledige dezer bepaling was reeds door de Fransche schrijvers erkend, en bepaaldelijk door Duranton, XIX, 391, 392, in het breede betoogd. Het is juist deze overgave, belofte of terughouding, die de dading onderscheidt van de andere middelen om een geding te eindigen, b. v. van de kwijtschelding, van den afstand der instantie (*désistement*, waarover zie artt. 277, 278 W. van B. R.), enz., *transactio nullo dato vel retento*

---

a) Art. 1883 spreekt minder juist van schuldvermenging. Schuldvermenging heeft volgens art. 1472 alleen plaats, als de hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar zich in denzelfden persoon vereenigen, waardoor de schuldvordering vernietigd wordt. Hier blijft deze bestaan, en gaat alleen te niet de accessoire verbindtenis van den borg. Diephuis, t. a. p., bl. 454—456 betoogt dat in het hier gestelde geval de borgtogt niet te niet gaat, maar de verbindtenissen én van hoofdschuldenaar én van borg in één persoon onveranderd blijven bestaan.

seu promisso minime procedit. L. 38 *C. de transact.; l.* 3 *C. de rep. vel abst. hered.* Zoo noemt ook DE GROOT, Inl., III, 4, 2, dading een toezegging van dingsluyden tot een dingstalige zaeksbeslissing. Die belofte echter kan zoowel zijn om iets te doen of na te laten, als om iets te geven, mits maar het doel zij om een regtsgeding te doen eindigen of te voorkomen. Om eene dading te treffen, moeten de opofferingen wederkeerig zijn. Iedere partij moet iets van hare vermeende regten opofferen. Als de afstand van regten slechts van ééne zijde geschiedt, heeft er veeleer eene kwijtschelding van schuld plaats. Zie DURANTON, t. a. p. Ons artikel laat daaromtrent ook geenen twijfel over: eene overeenkomst, waarbij PARTIJEN tegen overgave, enz. De dading eindelijk is te gelijk eene overeenkomst en een middel waardoor eene verbindtenis te niet gaat. Eene overeenkomst, in zoo verre daaruit nieuwe regten en verpligtingen geboren worden; eene wijze waarop eene verbindtenis te niet gaat, voor zoo verre daardoor aan de bestaande doch in geschil zijnde verbindtenis een einde wordt gemaakt. Daarom werd zij in het ontwerp van 1820 behandeld in dat gedeelte, waarin de bepalingen voorkwamen over het te niet gaan van het regt van inschuld, artt. 3144—3161. Over de dading volgens het Fransche regt, waaruit deze titel grootendeels is overgenomen, zie DELVINCOURT, VII, 335—343; DURANTON, XIX, 391—434; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Transaction;* LAURENT, *Princip.*, d. XXVIII, bl. 327—419.

§ **1117.** Ook art. 2044 *C. N.* wilde, dat de dading in geschrifte moest worden gebragt. Als reden hiervan werd gegeven, dat daar dading strekken moest om een proces te doen eindigen of te voorkomen, men alle processen over het al of niet bestaan der dading heeft willen afsnijden. De bepaling werd dan ook algemeen zoo verstaan, dat het geschrift geen wezenlijk vereischte was, maar alleen *probationis causa* gevorderd werd; zoodat ook de mondelinge dading, die overigens erkend of bewezen was, als volkomen geldig moest worden beschouwd, en dat alleen, in geval van ontkentenis, het getuigen-bewijs was uitgesloten. Zie b. v. DELV., VII, 335; DURANTON, XIX, 406. En er valt inder-

daad ook moeijelijk eene reden te bedenken, waarom het anders zijn zou, en waarom iemand, die onbeschaamd genoeg is om eene mondelinge dading te erkennen, maar tevens te verklaren, dat het hem niet lust die na te leven, daarvan ontslagen kan worden, alleen omdat zijne wederpartij zich op zijn woord verlaten en verzuimd heeft haar op schrift te brengen: *sed non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* (*l.* 20 *D. de legib.*). — Toch wil ons artikel dit stellig. Het vergenoegt zich niet met te zeggen, dat dading schriftelijk moet worden aangegaan, zooals het Fransche; maar deze overeenkomst is slechts VAN WAARDE, indien zij schriftelijk is aangegaan. Zie ook SCHÜLLER, a. h. a. Men vindt een aantal regterlijke uitspraken in dien zin bij ASSER, *Regtspr.*, 2e druk, ad art. 1888, aangehaald. De hooge raad heeft de vraag nog niet beslist.

§ **1120.** Behoudens, enz. Men kan door geene overeenkomsten aan wetten, die op de publieke orde betrekking hebben, hare kracht ontnemen, art. 14 Alg. Bep.; en de publieke orde heeft er altijd belang bij, dat de misdrijven vervolgd en gestraft worden *a*).

§ **1121.** Wanneer twee personen meer gedingen te zamen uitstaande hebben, en zij in eene dading over ééne daarvan afstand doen van alle regten, actiën en vorderingen, bepaalt zich deze verklaring alleen tot het geschil, waarover de dading loopt, en de overige zaken blijven in haar geheel, onverschillig of dit in de overeenkomst uitgedrukt zij of niet: *etsi non additum fuerit* EO NOMINE. *L.* 31 *C. de trans.*

§ **1122.** Hij die, enz. Bij voorb. A en B hebben een geschil uitstaande met C. A treft daarover eene dading, en wordt daarna erfgenaam van B, die sterft. Hij is aan de dading niet gebonden, voor zooverre betreft het regt, dat hij als erfgenaam van B bekomt. Het is zeer mogelijk, dat hij eene dading heeft willen treffen over eene geringe som; doch dat hij hetzelfde niet zou gedaan hebben over eene grootere geldsom.

---

a) Het in art. 1890, al. 2, bepaalde vindt ook zijne regtvaardiging in de omstandigheid dat het regt tot strafvervolging toekomt aan het Openbaar Ministerie, niet aan den bijzonderen persoon, zoodat deze daarover niet mag beschikken, en dus ook geen dading treffen, art. 1889.

§ **1123.** Strekt de dading met één der hoofdelijke schuldenaren getroffen ook ten voordeele der overige hoofdelijke schuldenaren, even als, volgens art. 1476, de kwijtschelding? — Neen; want dading is geheel iets anders als kwijtschelding; zie boven, ad § 1116. Het artikel zegt in het algemeen, dat dading door de overige belanghebbenden niet kan worden ingeroepen; en de hoofdelijke mede-schuldenaren zijn zeker belanghebbenden. Zie ook *l.* 1 *C. de trans.*

Zij hebben, enz. *Non minorem auctoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit*, *l.* 2 *C. de trans.*

§ **1124.** 1°. Dading wordt zeer dikwijls en meestal aangegaan *intuitu personae*, hetzij omdat men zijne partij voor insolvent houdt, hetzij omdat men met haar in vriendschap wil blijven leven, hetzij om eenige andere reden *a*). Dwaling in het regt levert daarentegen geenen grond op tot vernietiging eener dading, omdat men juist daarom de dading heeft gesloten, om alle verdere geschillen over de wijze, waarop een twijfelachtig regtspunt moet beslist worden, af te snijden; — noch ook wegens benadeeling, want de aard der dading brengt mede, dat men zich wederzijds eenige opofferingen getroost, art. 1895.

2°. In de feiten. — Want als de onwetendheid van de nietigheid der akte voortkomt uit eene dwaling in het regt, zou er geen grond tot vernietiging bestaan, art. 1895. B. v. eene dading, aangegaan over eenen uitersten wil, waarbij slechts één getuige is tegenwoordig geweest (artt. 985, 1000), is van waarde, als de partijen niet geweten hebben, dat de wet twee getuigen vereischt, doch wel kennis droegen van de omstandigheid, dat er slechts één is tegenwoordig geweest. De dading is daarentegen nietig en van onwaarde, als de partijen geene kennis droegen van laatstgemelde omstandigheid, doch wel wisten, dat eene uiterste wil, waarbij slechts één getuige is tegenwoordig geweest, nietig

a) Bedoeld wordt hier het geval, dat men dengene met wien men de dading aangaat, verkeerdelijk houdt voor hem met wien men het verschil waarover de dading loopt, uitstaande heeft. De dading is dan ten opzigte van hem met wien men haar gesloten heeft, nietig bij gebreke van onderwerp, en de derde met wien men het verschil uitstaande heeft, wordt daardoor niet gebonden, omdat met hem de dading niet is aangegaan.

is, en bij gevolg daarover niet zouden getransigeerd hebben, indien zij van dat gebrek in den vorm *in facto* hadden kennis gedragen. Dit was ook de bedoeling van art. 2054 *C. N.*, waarin die woorden: wegens dwaling in de feiten, niet gelezen worden. Zie DURANTON, XIX, 428, doch de woorden waren eenigzins onduidelijk. Bij ons heeft men, door de redactie te verbeteren, zelfs allen schijn van twijfel weggenomen.

§ **1125.** 1°. Om dezelfde reden. Partijen zouden niet getransigeerd hebben, indien zij van die valschheid hadden kennis gedragen: *si ex falsis instrumentis transactiones initae fuerint, eas retractari praecipimus. L.* 42 *C. de transact.*

2°. Het doel der dading is om een aanhangig geding ten einde te brengen of een te voeren geding te voorkomen, art. 1888. Wanneer het geding dus reeds door een eindvonnis beslist is, en er alzoo geen geding meer bestaat, of ten einde kan gebragt worden, komt er ook geene dading meer te pas: *qui transigit, quasi de re dubia transigit, l.* 1 *D. de trans.* — Zoo lang echter de zaak nog aan hooger beroep onderworpen is, is de dading geldig, art. 1899. *Et post rem judicatam transactio valet, si appellatio intercesserit, vel appellari potueris. L.* 7 *Pr. D. de transact.* Eenig beroep, zegt het tweede lid van dit artikel. Moet men daaronder ook verstaan het beroep in cassatie? — Zeker niet; of een vonnis aan hooger beroep onderworpen zij, is eene vraag, die spoedig uit te maken is. Maar de arrondissements-regtbank, die over den eisch tot vernietiging der dading moet uitspraak doen, kan niet beslissen, of er grond tot cassatie bestaat. Beter stond in art. 2056 *C. N.: si le jugement était susceptible d'appel a*). —

3°. Want dan was er inderdaad geene *res dubia*, en kon er dus ook geen verschil over bestaan. Zie voorbeelden hiervan bij DELV., VII, 338.

---

a) Het hier gemaakte onderscheid acht ik niet juist. Het tweede lid van art. 1899 spreekt algemeen van eenig beroep. Daartoe behoort zoowel het hooger beroep als het beroep in cassatie, en er is geen reden waarom de regter, die moet beslissen of een vonnis nog aan hooger beroep onderhevig was, toen de dading is aangegaan, niet even goed zou kunnen beslissen, of men op dat tijdstip zich tegen de regterlijke uitspraak nog in cassatie kon voorzien.

VIERDE BOEK.

VAN BEWIJS EN VERJARING.

TITEL I.

VAN BEWIJS IN HET ALGEMEEN.

(Artt. 1902, 1903. Eerste gedeelte, § 1127, 1128, bl. 271.)

Geschriften: Asser, 589, 590; Voorduin, V, 406—409; Diephuis, IX, 1—35; Opzoomer, III, 241—249; Diephuis, *N. B. R.*, II, 288—318; R. L. van den Bosch, *Diss. de probationibus, jur. Fr. et Neerl.*, L. B. 1839, p. 2—9; van Bell, *Het bewijs volgens het B. W.*, 1—14.

§ 1127. De eischer moet zijn regt en de feiten, waaruit hij dit afleidt, en niet de gedaagde of de verweerder de ongegrondheid van dit regt of de onwaarheid van die feiten bewijzen. Op den gedaagde daarentegen berust het bewijs van het regt of van de feiten, waarop hij zich beroept tot tegenspraak van de tegen hem ingestelde vordering *a*). Deze voorschriften van het artikel

---

a) Waar de wet in art. 1902 als voorwerp van bewijs vermeldt niet alleen feiten, maar ook het regt, waarop partijen zich beroepen, moet dit laatste worden opgevat als een regt in subjectieven zin, het feit, waarop men zijne vordering of verwering grondt. Zoo b. v. zal hij, die zich op een regt van erfdienstbaarheid beroept, moeten bewijzen de feiten waardoor dat regt ontstaan is. Het regt daarentegen, de algemeene regelen door den wetgever gesteld, behooren daartoe niet. Deze moeten door den regter op de bewezen feiten worden toegepast, zelfs wanneer zij door partijen niet zijn aangevoerd.

De gestelde regel geldt overigens zoowel ten opzigte van negatieve als van positieve feiten. Hij b. v. die wat hij heeft betaald, terugvordert, op grond dat hij het niet schuldig was, moet bewijzen dat er geen schuld bestond. Het bewijs van zoodanig negatief feit moge in sommige gevallen moeijelijk te leveren zijn, de wet ontheft nergens van de verpligting om het te leveren. Is in een bepaald geval het bewijs van zoodanig feit niet te leveren, het gevolg er van zal hetzelfde

zijn niets anders dan de bekende Romeinsche regtsregels: *actori incumbit onus probandi — actore non probante reus dimittitur; — per rerum naturam facti negantis probatio nulla est; — excipiendo reus fit actor. L.* 19 *Pr.*, *l.* 21 *D. de prob.*, *l.* 1 *D. de exc.*, *l.* 4 *C. de ed.*, *l.* 23 *C. de prob.;* VOET, *ad tit. D. de prob.*. 9, 10, *ad tit. D. de exc.*, 10, enz. Deze regels maken den grondslag uit van de geheele leer van het bewijs. Zij zijn toepasselijk niet alleen op verbindtenissen en op betaling, maar op alle mogelijke regten en feiten, zonder onderscheid. Zie boven, eerste ged., bl. 269—271, en voorts nog over die regels, FOELIX, *Revue*, IV, 177—190.

§ 1128. 1°. Over schriftelijk bewijs, zie POTHIER, *Tr. des obl.*, 730—785; TOULLIER, VIII, 153—526; DELV., VI, 56—86; DURANTON, XIV, 15—294; MARCADE, V, bl. 7—99; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Obl.*, § 2995—4600; LAURENT, *Princip.*, d. XIX, bl. 94—420.

2°. Over het bewijs door getuigen, zie POTHIER, 785—834; TOULLIER, IX, 1—335; DELV., VI, 86—92; DURANTON, XIV, 295—403; MARCADÉ, V, 100—149; DALLOZ, l. l. § 4601—4969; LAURENT, *Princip.*, d. XIX, bl. 420—625.

3°. Over vermoedens, zie POTHIER, 840—910; TOULLIER, X, 1—259; DELV., VI, 92—95; DURANTON, XIV, 404—533; MARCADÉ, V, 149—209; DALLOZ, l. l. § 4970—5054; LAURENT, *Princip.*, d. XIX, bl. 625—658, en d. XX, bl. 1—189.

4°. Over bekentenis, zie POTHIER, 831—839; TOULLIER, X, 260—341; DELV., VI, 96—98; DURANTON, XIV, 534—564; MARCADÉ, V, 210—217; DALLOZ, l. l. § 5055—5177; LAURENT, *Princip.*, d. XX, bl. 189—249.

5°. Over den eed, zie POTHIER, 911—932; TOULLIER, X, 342—456; DELV., VI, 98—104; DURANTON, XIV, 565—628; MARCADÉ, V, 218—234; DALLOZ, l. l. § 5178—5380; LAURENT, *Princip.*, d. XX, bl. 249—335.

---

zijn, als wanneer men te kort schiet in het bewijs van een positief feit. Men zal geen aanspraak kunnen maken op het regt dat men aan zoodanig feit, war het bewezen, zou kunnen ontleenen. Aldus besliste de hooge raad teregt bij arrest van 30 Julij 1875, *W.* n°. 3884.

TITEL II.

VAN SCHRIFTELIJK BEWIJS.

(Artt. 1904—1931. Eerste gedeelte, § 1129—1156, bl. 272—277.)

Geschriften: Asser, 590—599; Voorduin, V, 469—506; Diephuis, IX, 37—129; Opzoomer, III, 249—268; Diephuis, *N. B. R.*, II, 318—458; van den Bosch, aang. *Diss.*, p. 10—38; van Bell, 15—75.

Authentiek geschrift.

§ **1130.** De authentieke akte is het zekerste en onfeilbaarste bewijs, waarop men zich beroepen kan. De wet hecht aan haar een onbepaald geloof. Zij wordt opgemaakt door ambtenaren, op openbaar gezag aangesteld, aan wie de maatschappij het volstrektste vertrouwen schenkt, die er geen belang bij hebben om de waarheid te verbergen of te verdonkeren, die in hunne akten de verklaringen der partijen mededeelen, zoo als die hun worden opgegeven. De partijen zelven zijn daarbij tegenwoordig, en het is niet dan nadat zij zich hebben overtuigd, dat haar wil getrouw is overgebragt, dat zij aan de akte het zegel harer goedkeuring hechten en die onderteekenen. — Gedeeltelijk althans geldt dit alles voor alle authentieke akten; maar het is zonder onderscheid waar voor de notariële akten, waarop de wet hier voornamelijk het oog heeft. Zie ook Toullier, VIII, 143; *Briefw. van eenige regtsgeleerden*, enz. bl. 196. — Zie voorts over de vormen en de verdere vereischten der notariële akten, en over de verpligtingen der notarissen, de wet van 29 Julij 1842, *Stbl.* n°. 20, *a*) en Toullier, VIII, 66—133.

Door. B. v. deurwaarders-exploiten, processen-verbaal van ambtenaren voor de belastingen, enz.

---

a) Deze wet is gewijzigd bij de wetten van 26 April 1876, *Stbl.* n°. 85 en van 6 Mei 1878, *Stbl.* n°. 29.

Ten overstaan van. B. v., notariële akten, processen-verbaal van griffiers, regters-commissarissen, enz.

§ **1131**. De ambtenaar is onbevoegd, ***ratione loci***, als hij niet geregtigd is om te instrumenteren op de plaats, waar de akte verleden is *a*). Hij is onbekwaam, ***ratione materiae***, als hij eene akte heeft opgemaakt, die niet tot zijne bemoeijenissen behoort, b. v. als een notaris eene dagvaarding gedaan of als een deurwaarder eenen uitersten wil verleden heeft (art. 985, art. 1 W. van B. R.).

Heeft kracht. Doch het is daartoe noodig, dat de akte al de vereischten in zich vereenige van een onderhandsch geschrift, dat is van eene onderhandsche akte; want tot de andere soorten van onderhandsoh geschrift bij art. 1911 opgenoemd, kan zij nimmer gebragt worden. Om deze reden vordert de wet, dat zij, om dat gevolg te kunnen hebben, ten minste door de partijen geteekend zij. Zonder teekening bestaat er zelfs geene onderhandsche akte. Zie beneden, *ad* § 1135.

§ **1132**. Men moet vooral de akte, het bewijsmiddel, niet verwarren met de overeenkomst, om welke te bewijzen de akte dienen moet. De akte verdient geloof omtrent de daarin vermelde feiten, tot dat de valschheid of de vervalsching van het stuk bewezen is. Zij beslist echter niets omtrent de geldigheid der overeenkomst, waarvan men de nietigheid, hetzij uit hoofde van bedrog, geweld of dwaling, hetzij uit hoofde van onbekwaamheid der partijen, hetzij uit eenigen anderen hoofde, altijd bewijzen mag. De overeenkomst kan volkomen geldig en de akte nietig zijn, en omgekeerd. — Over de kracht van schriftelijk bewijs in strafzaken, zie artt. 436—438 W. van Strafv.

Tusschen partijen en hare erfgenamen en regtverkrijgenden *b*).

---

a) Hiertoe behoort ook het geval dat een ambtenaar, om de betrekking waarin hij tot eene der partijen staat, voor deze geen akte mag opmaken; hij is dan onbevoegd, *ratione personae*, art. 21 der wet op het notarisambt, art. 16 W. v. Burg Regtsv.

b) Niet alleen ten aanzien van de hier genoemde personen, maar ook ten opzigte van anderen levert de authentieke akte volledige bewijskracht op. Ware het anders, eene authentieke akte verleden zonder dat daarbij partijen te pas komen, zou alle bewijskracht missen. Zoo ook levert een testament bewijs op van de daarin ge-

2°. Het kan dikwijls zeer moeijelijk zijn om te onderscheiden, of zulk een te kennen geven (*enuntiatie*) al dan niet in dadelijk verband staat met het onderwerp der akte. Men kan dit alleen door voorbeelden ophelderen. Als een voorbeeld van het eerste kan men geven de schuldbekentenis eener zekere som, waarvan de interessen verklaard worden tot heden toe betaald te zijn. De schuldeischer, die deze verklaring heeft laten invloeijen in eene akte, die hij onderteekent en goedkeurt, moet wel vooronderstelsd worden de ontvangst dezer interessen te erkennen. Een voorbeeld van het tweede is dit: ik koop van u een landgoed, dat gij als erfgenaam van uwen oom gekregen hebt. — Wanneer ik u later aanspreek als erfgenaam van uwen oom voor eene vordering, die ik tegen dezen laatste had, en gij die hoedanigheid van erfgenaam ontkent, kan ik mij van die vermelding in de koop-overeenkomst niet bedienen, als van een volledig bewijs van uw erfgenaamschap; doch geldt deze alleen als begin van bewijs, *commemorationem in chirographo pecuniarum, quae ex alia causa debere dicuntur factam vim obligationis non habere. L.* 31 *D. de probat.* Zie meer hierover POTHIER, 737, 738; TOULLIER VIII, 158—162.

§ 1133. Hoeveel geloof eene authentieke akte ook verdienen moge, het kan in enkele gevallen gebeuren, dat de verklaringen

---

maakte beschikkingen ten aanzien van erfgenamen en legatarissen, en tegen de erfgenamen *ab intestato*, ofschoon geen hunner partij is geweest bij de akte. De akte bewijst in het algemeen dat geschied is, wat daarbij is geconstateerd. En wanneer nu eene handeling of beschikking als bewezen moet worden aangenomen, omdat de ambtenaar verklaard heeft, dat deze in zijne tegenwoordigheid heeft plaats gehad, waarom zou zoodanig feit dan wel ten aanzien van partijen, maar niet ten aanzien van derden, geacht moeten worden werkelijk te hebben plaats gehad? Ook tegenover derden kan men zich dus tot bewijs van een feit, dat van invloed is op de wederzijdsche regtsverhouding, beroepen op eene authentieke akte. Zoo b. v. kan, wanneer een schuldenaar zijn onverdeeld aandeel in een gemeen onroerend goed met hypotheek heeft bezwaard, aan den hypothecairen schuldeischer, die na de verdeeling van dat goed, zijne vordering wil verhalen op een gedeelte daarvan, ten bewijze dat aan een ander dat gedeelte is toebedeeld, de authentieke akte worden tegengeworpen, waarbij de scheiding heeft plaats gehad, art. 1212. Men verwarre intusschen de bewijskracht van de akte niet met de kracht der overeenkomst, die daarbij is geconstateerd. Het feit dat de overeenkomst is gesloten, wordt door de akte tegenover ieder bewezen; de verbindtenis die uit die overeenkomst geboren wordt, bestaat alleen tusschen de contracterende partijen, art. 1376. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 351 vlg.

der partijen daarin onjuist vermeld worden, of dat daarin onwaarachtige feiten worden opgegeven, hetzij door dwaling of misleiding, hetzij zelfs door kwade trouw en bedrog van den ambtenaar. De wet moet daartegen waken. Maar het bewijs dezer valschheid moet noch ligtvaardig toegelaten noch gemakkelijk gemaakt worden. — Men kan de vormen, daarbij in acht te nemen, vinden in artt. 176—198 W. van B. R., die de artt. 193—251 van den Franschen *C. de Pr.* over de *vérification d'écritures* en de *inscription en faux* vervangen. Over dit laatste verdient vooral gelezen te worden *Briefw. van eenige regtsgeleerden*, 196—204.

§ **1134.** Het gebeurt dikwijls, dat de partijen verlangen eene éénmaal voltooide akte te wijzigen, te veranderen of te verklaren, of zelfs te vernietigen. Zij hebben daartoe het regt. Maar zij moeten dan eene nieuwe akte doen opmaken, want de notaris mag in zijne minuut geene veranderingen hoegenaamd maken, omdat hij niet weten kan, in hoe verre hij daardoor verkregen regten van derden zou kunnen benadeelen. De nieuwe akte kan dus ook niet aan derden worden tegengeworpen, die tot haar niet zijn toegetreden, al waren zij ook partijen in de eerste akte geweest. — De Franschen noemen zulk eene akte *contre-lettre;* bij ons heeft men daaraan den naam van nadere overeenkomst gegeven. In het breede handelt daarover TOULLIER, VIII, 168—190.

Onderhandsch geschrift.

§ **1135.** 1°. De akte moet door de zich verbindende partij of partijen geteekend zijn. De onderteekening is de eenige waarborg van hare echtheid. Eene ongeteekende akte levert geen bewijs hoegenaamd op. Men heeft opzettelijk de bepaling van art. 2348 van het ontwerp van 1820, volgens welke die naamteekening kon worden vervangen door het stellen van een merk in tegenwoordigheid van twee getuigen, in het wetboek niet opgenomen. Te regt. Deze vrijheid geeft maar al te veel aanleiding tot misbruik en bedriegerij. Die zich een deugdelijk bewijs wil verschaffen tegen iemand, die niet weet te schrijven, moet zorgen, dat hij zich van eene authentieke akte voorzie. De naamteekening

echter is genoeg; de akte kan zelfs door eene vreemde hand geschreven worden.

§ **1136**. Wanneer zij voor erkend gehouden wordt, zie beneden, *ad* § 1138.

Hetzelfde bewijs als eene authentieke akte *a*).

§ **1137**. Deze bepaling overgenomen uit art. 1328 *C. N.*, heeft tot doel om de antidatering te voorkomen. Bij authentieke akten is die onmogelijk, maar niets is gemakkelijker dan eene onderhandsche akte, die men heden opmaakt, van een jaar vroeger te dagteekenen, en dit behoort zelf onder de meest gewone kunstgrepen, waarvan een schuldenaar te kwader trouw zich bedient, om de regten zijner schuldeischers te verkorten. B. v. ik leg beslag op uw huis. Ten einde mij van mijn pand te berooven, verkoopt gij het aan één uwer vrienden. Gij werpt mij die koop-akte tegen. Zij bewijst wel, dat gij u van uw huis ontdaan hebt; maar niets waarborgt mij, en uwe koop-akte bewijst daarom tegen mij niet, dat dit geschied is, vóór dat ik beslag gelegd heb. En toch, als dit het geval niet is, dan is mijn regt beter dan dat van uwen vriend, en dan zal uw koop en verkoop noch hem noch u baten, en althans mij niet benadeelen. — Blijkt het daarentegen uit ééne der vier hier opgenoemde omstandigheden, dat gij werkelijk reeds vroeger uw huis verkocht hadt, dan moet ik die handeling eerbiedigen. Want dan was uw vriend reeds tijdens mijn beslag wettig eigenaar van uw huis, en dan kan ik daarop geene regten verhalen, die ik alleen tegen u had. Zie hierover ook *Briefw.*, 212—214. Wanneer ik niettemin ook in dat geval kan bewijzen, dat de koop niet ernstig en waarachtig, maar slechts het uitvloeisel van bedrog is, om het goed aan mijne regtmatige vervolging te onttrekken, dan heb ik natuurlijk het middel der *actio Pauliana*, met welke de schuld-

---

a) Onderhandsch geschrift levert ook tegenover derden bewijs op van de feiten daarin vermeld, indien het geschrift door hen erkend is of op wettige wijze voor erkend wordt gehouden, maar door de overeenkomst die uit die feiten voortvloeit, worden zij niet gebonden. Arrest van den hoogen raad van 18 Dec. 1874, *W.* n°. 3802. Zie ook een arrest van den hoogen raad van 8 Dec. 1880, *W.* n°. 4585. Zie boven mijne aanteekening op § 1132.

eischers kunnen betwisten en doen vernietigen alle handelingen door den schuldenaar ter bedriegelijke verkorting hunner regten verrigt; maar dan rust ook op mij het bewijs van dat bedrog, art. 1377. Het gemis eindelijk van zekere dagteekening kan alleen worden ingeroepen door derden, doch in geen geval noch door den schuldenaar noch door zijne erfgenamen noch door zijne regtverkrijgenden, d. i. door hen, die *titulo particulari* of *universali* hun regt aan den schuldenaar ontleenen, en hem vertegenwoordigen, als door zijne legatarissen, begiftigden, enz. En dat tot deze laatste ook behoort de curator in een faillissement, die de wettige vertegenwoordiger is niet alleen van de gezamenlijke schuldeischers, maar ook van den gefailleerden schuldenaar, is op goede gronden beslist bij arrest van den hoogen raad van 11 December 1846, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.* VIII, 257—274 *a*).

3°. Wat als de handteekening gelégaliseerd is? Die legalisatie is zeker eene authentieke akte in den zin van art. 1905, die het bestaan van het stuk, op het oogenblik harer handteekening. bewijst, en die dus aan dit laatste eene zekere dagteekening geeft. Anders echter arrest van den hoogen raad van 7 Januarij 1853, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XVI, 131—141, en *Regtsg. Adv.*, V, 138—141, alleen echter op grond dat de légalisatie wel het bestaan der handteekening, maar niet dat der akte bewijst, en dat de mogelijkheid bestaat, dat men eene handteekening in blanco heeft laten légaliseren. Geheel onmogelijk is dat zeker niet, maar waarschijnlijk is het even weinig; en, zoo het al een enkele keer geschiedt, het behoort tot de zeer ongewone gevallen. De regel is, dat men de akte teekent, nadat, niet vóórdat zij is opgemaakt, en in ieder geval mag dergelijk misbruik of bedrog niet verondersteld, maar moet het bewezen worden door hem die er zich op beroept.

§ 1138. Er is niemand, die zijne eigen handteekening niet kent, en die niet met zekerheid weet of hij eene akte heeft onderteekend; de wet mag dus met regt eene stellige verklaring van

---

a) Anders DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 400.

hem vorderen. Weigert hij die te geven, of tracht hij zich met ontwijkende antwoorden te behelpen, dan is er genoeg bewijs voor de echtheid der akte. — Hij, die zich van een onderhandsch stuk wil bedienen, behoeft niet te beginnen met aan zijne partij de erkenning daarvan af te vragen; dit zou noodeloozen omslag en kosten veroorzaken. Hij behoeft er slechts een afschrift van te beteekenen bij de dagvaarding (art. 133 W. van B. R.), en het stuk zelf in het geding over te leggen. Wil de gedaagde het betwisten, dán is het aan hem er tegen op te komen; doet hij dat niet, dan geldt zijn stilzwijgen voor erkentenis. Dit ligt in den aard der zaak, en het volgt ook duidelijk uit art. 177 W. van B. R.

Doch zijne erfgenamen, enz. Deze behoeven geene stellige erkentenis of ontkentenis te doen. Het is zeer mogelijk, dat zij het schrift of de handteekening van hunnen auteur niet kennen, of dat zij niet weten, of hij ooit zulk een stuk als men hun tegenwerpt, geteekend heeft. Zij kunnen dus volstaan met te zeggen, dat zij het niet erkennen, al kennen zij ook het schrift en de handteekening van hunnen auteur; want het één en het ander kan zeer goed te zamen gaan. Ons artikel heeft de onnauwkeurige uitdrukking van art. 1323 *C. N.* hersteld.

Onderzocht worde. Op de wijze, bij artt. 176—198 W. van B. R. voorgeschreven. Zie boven *ad* § 1133.

§ 1139. Onder stukken aan beide partijen gemeen, moeten verstaan worden die het gemeenschappelijk eigendom zijn der partijen, en waarop dus beiden gelijk regt hebben, in weerwil dat zij zich toevallig bevinden in handen van de ééne en niet van de andere partij; en alzoo niet de stukken onder uwe wederpartij berustende, bij welker kennis of gebruik gij belang kunt hebben *a*). De hooge raad heeft voorts bij arrest van 23 Maart 1849, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, X, 369—376, op goede gronden beslist, dat hij die van dat regt wil gebruik maken, de stukken die hij wil hebben overgelegd, *nominatim* moet opgeven, en niet

---

a) Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 12 Nov. 1875, *W.* n°. 3917. Anders echter in *W.* n°. 3926.

kan volstaan met eenvoudig te vragen mededeeling van de stukken aan partijen gemeen enz. Het doel zou daarmede ook slecht bereikt worden, en het zou eene onuitputtelijke bron zijn voor incidentele geschillen, welke stukken daaronder al of niet moeten worden gerangschikt *a*).

Onderhandsche akten.

§ **1140.** De formaliteit tot de geldigheid eener onderhandsche akte, die wederzijdsche verbindtenissen behelst, bij art. 1325 *C. N.* voorgeschreven, is bij ons afgeschaft. Zij bestond hierin, dat van al zulke akten zoo vele oorspronkelijken moesten worden opgemaakt, als er partijen waren, die tegenstrijdige belangen hadden; van welke formaliteit op ieder stuk moest worden melding gemaakt. — De reden van dit vereischte was, omdat anders diegene der partijen, die de akte onder zich heeft, wel naar hare keuze de andere kan noodzaken die na te komen, zonder dat de andere echter het minste bewijs in handen heeft van haar regt. Zie Locré, VI, 121, 226; Delv., VI, 71. Men heeft die bepaling van art. 1325 bij ons verworpen, voornamelijk op de drie navolgende gronden: 1°. het is onregtvaardig de geldigheid eener akte te doen afhangen van de omstandigheid, of zij in zoo vele afschriften is opgemaakt als er handelende partijen zijn, en er zijn van dat vereischte schandelijke misbruiken gemaakt; 2°. men heeft daardoor de akte met de overeenkomst verward, welke laatste ook zonder eenig geschrift bestaanbaar is: *fiunt enim scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius probari poterit; et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem, l. 4 D. de pign.;* 3°. de moeijelijkheid, om het bewijs te erlangen, dat het voorschrift van het artikel is nagekomen. Om deze en dergelijke redenen werd de leer van art. 1325 reeds krachtig bestreden door Toullier, VIII, 311—313. Daar zou welligt nog wel het één en ander tegen te zeggen zijn. Maar aangenomen dat de bijgebragte redenen gewigtig genoeg zijn, om het opmaken in dubbel

---

a) In gelijken zin beslistte de hooge raad bij arrest van 12 Mei 1876, *W.* n°. 3979, met betrekking tot art. 1922.

niet te vorderen. op straffe van nietigheid der akte (want de overeenkomst werd daardoor ook onder den *Code* niet nietig); zoo blijft het echter eene zeer nuttige voorzorg, om aan elke der partijen het bewijs van haar regt in handen te geven, waarvan zij zich tegen hare wederpartij zal kunnen bedienen, zonder hare toevlugt te nemen tot andere moeijelijke bewijsmiddelen of tot eenen geregtelijken eed. En het is dan ook daarom, dat hetgeen nu geene wet meer is, echter in de praktijk veelvuldig in gebruik is, en bij iedere handeling van eenig gewigt bijna wordt in acht genomen, zoodat wat vroeger wet was, thans gewoonte is geworden.

Onderhandsche eenzijdige, enz. Daar zijn menschen, vooral onder de eenvoudige en geringe klasse, die gewoon zijn alles te teekenen, wat men hun voorlegt, zonder zelfs te zien, wat daarin geschreven staat. Zij, die op deze wijze eene schuldbekentenis door een ander geschreven teekenen, zouden zich maar al te dikwijls hunne ligtvaardigheid beklagen, indien zij later ontdekten voor eene veel grooter som geteekend te hebben dan die waarvoor zij zich wilden verbinden. Maar ook dan nog, wanneer de schuldenaar gezien heeft, en dus weet wat hij geteekend heeft, heeft de schuldeischer honderd middelen om hem te bedriegen en af te zetten. Men kan zoo gemakkelijk door eene kleine verandering in geschreven cijfers, of door de bijvoeging van b. v. een enkele nul, de som in de schuldbekentenis uitgedrukt vergrooten, zonder dat iemand in staat zal zijn het bedrog te bewijzen. — Al deze bedriegerijen en opligtingen worden door de bepalingen van art. 1915 onmogelijk gemaakt; en het heeft daarenboven eene vraag beslist, waarover vroeger wel eens getwist is. Art. 1326 *C. N.*, waaruit het onze is overgenomen, schreef wel dezelfde voorzorgen voor, maar het liet zich niet stellig uit over de kracht eener schuldbekentenis, die niet aan zijne vereischten voldeed. REHBERG, 228, die er altijd op uit is, om in den *Code* de ongerijmdste gebreken te vinden, ook dáár waar die niet bestaan, had hieruit opgemaakt, dat zulk een geschrift volstrekt nietig was. Maar TOULLIER, VIII, 281—293, heeft reeds overtuigend bewezen, dat dit geenszins de bedoeling van de wet was; dat daarentegen zulk eene schuldbekentenis is

eene akte, afkomstig van den schuldenaar, die het daarin vermelde waarschijnlijk maakt, en dus, volgens art. 1347 *C. N.*, een begin van bewijs door geschrift is, dat volgens hetzelfde artikel door getuigenbewijs mag worden aangevuld. Wat hiervan zij, ons artikel heeft de vraag stellig beslist, door te zeggen, dat, bij gebreke hiervan, de geteekende akte, indien de verbindtenis wordt ontkend, slechts als een begin van schriftelijk bewijs kan worden aangenomen; hetgeen men alsdan door alle andere bewijsmiddelen, zelfs door getuigen, mag aanvullen, art. 1939. — Eindelijk moet wel worden in het oog gehouden, dat de geheele bepaling van zeer exceptionnelen aard, en in zeker opzigt eene afwijking is van den regel van art. 1912, die niet verder mag worden uitgestrekt dan de woorden aanduiden. Het artikel nu spreekt niet van onderhandsch geschrift of akte in het algemeen, maar enkel van eenzijdige schuldverbindtenissen. Dat blijkt ook uit het tweede lid, waar gesproken wordt van het geval, dat de verbindtenis wordt ontkend. Het mag dus b. v. niet worden toegepast op kwijtingen. De *ratio legis* zou misschien ook daarvoor kunnen gelden, maar de duidelijke woorden van het artikel laten die uitbreiding niet toe. Eene quitantie is geene verbindtenis of schuldverbindtenis. Zij is integendeel de verklaring en het bewijs, dat eene vroeger bestaan hebbende verbindtenis is te niet gegaan.

Schuldverbindtenissen *a*).

Uitgezonderd, enz. Spoed en goede trouw zijn de ziel van den handel. Men merke nogtans op, dat bij ons de uitzondering niet bepaald is tot zekere klasse van personen, zoo als in art. 1326 *C. N.*, maar tot zekere zaken, die van koophandel namelijk. Welke zaken van koophandel zijn, leeren artt. 3—5 W. van K.

§ **1141.** Tenzij, enz. Dat bewijs berust natuurlijk op den schuldeischer, die beweren wil, dat de grootere som verschuldigd

---

a) Dat daaronder niet alleen de zuivere verbindtenis van den schuldenaar, maar elke andere voorwaardelijke verbindtenis moet worden verstaan, dus ook de verbindtenis van den borg, beslistte de hooge raad bij arrest van 26 April 1883, *W.* n°. 4907.

is; anders zou de geheele voorzorg ijdel zijn. Zoodra er verschil is in de uitgedrukte som, wordt er bedrog van zijne zijde verondersteld *a*).

§ **1142.** Art. 2263 *C. N.* gaf dit regt aan den schuldeischer, indien de titel 28 jaren oud was, ten einde de verjaring te voorkomen. Bij ons is de bepaling algemeen, en heeft zij een ander doel, dit namelijk, om het te niet gaan van het b e w ij s, niet van de a c t i e te beletten.

Registers, huisselijke papieren.

§ **1144.** Het is een algemeen beginsel van regten, dat niemand zich-zelven eenen titel scheppen kan: *exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. L. 7 C. de prob.* Zie ook *Briefw.*, 214, 215.

G e e n b e w ij s o p t e n v o o r d e e l e v a n h e m *b*).

1°. Omdat niemand ligtelijk op zijne registers of andere papieren die hij geregeld houdt, eene aan hem gedane betaling zal aanteekenen, die hij niet ontvangen heeft.

§ **1145.** Namelijk in alle andere gevallen, waarin die registers of papieren worden ingeroepen t e g e n, niet wanneer zij i n h e t v o o r d e e l van hem die ze schreef, worden ingeroepen. De regel dien het art. op den voorgrond stelt, is, dat huisselijke papieren en registers niet bewijzen ten voordeele van hen, die ze geschreven hebben; en die regel zou geheel worden omvergeworpen, wanneer het in ieder geval, waar men zich daarop in z ij n v o o r d e e l beroept, aan den regter was overgelaten daarop zoodanig acht te slaan, als hij vermeent te behooren en derhalve ze aan te nemen als bewijs. De zin is geen andere dan deze, dat in de twee gevallen,

---

a) Vooronderateld bedrog van den schuldeischer schijnt mij niet de regtsgrond te zijn der bepaling. Men denke aan het geval dat de goedkeuring door den schuldenaar voluit in letters geschreven, de grootste som vermeldt. Wij hebben hier m. i. veeleer te denken aan eene toepassing van art. 1385.

b) Zij leveren ten zijnen voordeele geen schriftelijk, geen regtstreeksch bewijs op. Dat dit echter niet belet dat in zaken, waarin in het algemeen het bewijs door vermoedens is toegelaten, deze registers en huisselijke papieren ten zijnen voordeele indirect bewijs, een vermoeden, kunnen opleveren, beslistte de hooge raad bij arrest van 3 Junij 1881, *W.* n°. 4647.

vermeld in de vorige §, die stukken door de wet zelve als bewijs worden erkend, en derhalve door den regter moeten worden aangenomen als bewijs; doch dat dit in alle andere gevallen, waarin men zich daarop beroept tegen hem die ze schreef, afhangt van omstandigheden, die worden overgelaten aan de bescheidenheid van den regter.

Koopmans-boeken.

§ **1148.** Dit is eene uitzondering van den zoo even vermelden regel, die in het belang van den handel noodzakelijk was. Kooplieden en winkeliers toch kunnen zich met geene mogelijkheid een schriftelijk bewijs verschaffen van iedere leverancie, gedaan aan lieden, die zij dagelijks bedienen. Art. 1329 *C. N.* zeide wel, dat de koopmans-boeken tegen personen, die geenen handel drijven, geen bewijs leveren van de daarop voorkomende leverantiën; maar de zaak kwam eigenlijk op hetzelfde neder, daar de regter den koopman altijd den eed kon opleggen over de echtheid zijner boeken en der daarop voorkomende posten. Artt. 1329, 1367 *C. N.;* TOULLIER, VIII, 367—370. Ons artikel is veel duidelijker, en zegt de zaak met ronde woorden: koopmansboeken namelijk bewijzen tegen particulieren de betwiste leverantiën of handelingen zelve, en niet alleen de *accessoria*, als hoedanigheid en hoeveelheid. De wet toch vordert hier niet, zoo als in art. 10 Wetb. van Kooph., dat de handeling zelve, waaruit geageerd wordt, buiten de boeken bewezen zij; maar eenvoudig, dat van elders blijke, dat de koopman gewoon was aan den gedaagde dergelijke leveringen op crediet te doen; zie *Handl. tot het Wetb. van Kooph.*, *Aant. ad* § 8. Anders echter arrest van den hoogen raad van 9 Februarij 1866, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXX, 199—206, op goede gronden wederlegd in *Regtsg. Bijbl.*, 1866, bl. 279—290.

Even als bij alle schriftelijke bescheiden, art. 1925, zoo is vooral ook van koopmans-boeken de kracht van het bewijs gelegen in het oorspronkelijke. Want, behalve dat die regel algemeen is, is dit nog bovendien een noodzakelijk gevolg van het bepaalde, dat het boek, om als bewijs te worden aangenomen,

moet voldoen aan alle de formaliteiten der wet; om toch te beoordeelen, of dit het geval is, moet men het boek zelf zien. De gewoonte derhalve hier en daar in de praktijk aangenomen, om regt te spreken op zoogenaamde extracten uit het schuldboek, door den koopman zelven afgegeven, die inderdaad niets anders zijn dan eenvoudige rekeningen, is zoo gevaarlijk als strijdig met de wet. Zie echter hierover arresten van den hoogen raad van 29 Januarij 1841 bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, II, 132—141, en van 27 Junij 1851, *eod.*, XIII, 137—156. Eene andere leer echter schijnt te zijn aangenomen bij arrest van 9 Mei 1845, *eod.*, VII, 48—58. Wel kan men aannemen, dat de regter genoegen kan nemen met het extract, indien de wederpartij zich daartegen niet verzet, en niet betwist, dat dit is overeenkomstig het boek. Maar dat deze dit niet behoeft te doen, en zelfs niet verpligt kan worden zich hierover uit te laten, is ontegenzeggelijk. In dat geval blijft den eischer, die zich van zijn boek als bewijs wil bedienen, wel niets anders over dan dit in originali over te leggen. Over het bewijs der boeken tusschen kooplieden, zie artt. 10—13 Wetb. van Kooph., en PARKER DE RUYTER ROCHER VAN RENAYS, *Bijdr. tot beschouwing van het Ned. Wetb. van Kooph.*, bl. 49—51.

1°. Dat bewijs is altijd gemakkelijk te leveren. Men mag dit zelfs doen door getuigen (art. 1940, art. 1 W. van K.), omdat de daadzaak, dat men gewoon is aan A of aan B op crediet te leveren van dien aard is, dat men zich daarvan niet wel een schriftelijk bewijs heeft kunnen verschaffen. Men kan toch van den koopman of van den winkelier niet vorderen, dat hij met ieder zijner klanten een schriftelijk contract zal aangaan, waarbij hij aanneemt om hem op crediet te verkoopen of te leveren.

Kerfstokken.

§ 1150. Kerfstokken noemt men eene soort van stok, die in twee gelijke deelen wordt verdeeld. Een van die deelen behoudt hij die de leverantie doet; het andere hij, die ze ontvangt. Bij iedere leverantie wordt op de beide stokjes een teeken met een mes of ander werktuig (eene kerf) gemaakt. Bij de afrekening

telt men deze teekenen, en wanneer zij op beide stokken overeenkomen, leveren die het bewijs van de hoeveelheid der gedane leveringen op *a*).

Oorspronkelijke akten en afschriften.

§ 1151. De vertooning van de oorspronkelijke akte kan steeds gevorderd worden. Met deze duidelijke en algemeene woorden van het artikel zijn volstrekt onbestaanbaar de beperkingen en onderscheidingen, die men vindt in een arrest van den hoogen raad van 15 October 1852, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.* XV, 175—187, volgens welke men, om de overlegging van de oorspronkelijke akte te eischen, zou moeten aantoonen, dat men daarbij belang heeft, of dat men daarvoor bepaalde gronden zou moeten aanvoeren, en dat de vertooning eerst dan te pas komt, als men beweert dat het afschrift met de oorspronkelijke akte niet overeenkomt. Eene leer, die eigenlijk hierop nederkomt, dat de vertooning niet steeds kan worden gevorderd; juist het tegendeel derhalve van wat het artikel zegt *b*).

§ 1152. 1°. *a*. De grosse of expeditie is een authentiek afschrift eener authentieke akte, uitgegeven in exécutorialen vorm, dat is aan het hoofd voerende de woorden: In naam des Konings. Zij hebben gelijke kracht als een regterlijk vonnis, en kunnen door het geheele rijk worden ten uitvoer gelegd. De grosse heeft dus in zeker opzigt meer kracht dan de minuut zelve, van welke de notaris zich niet mag ontdoen, en waarop dus geene tenuitvoerlegging kan geschieden. De grosse is de ware titel van den schuldeischer, en van daar het verbod aan notarissen, om

a) Het is zeer wel mogelijk, dat hij aan wien geleverd is, zijn stok niet wil overleggen in het proces. De leverancier kan hem daartoe niet dwingen, want die stok is niet gemeen aan beide partijen, art. 1923. Ook is het denkbaar, dat het aantal teekenen of kerven op beide stokken niet overeenstemt. Zie over de bewijskracht, die in die gevallen aan den kerfstok van den leverancier moet worden toegekend, DIEPHUIS, *N B. R.*, t. a. p., 449 en 450.

b) Het gevoelen van den Schr. der *Handl.* wordt nader verdedigd door DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p , 432—434. Bij zijne vroeger gehuldigde leer volhardde de hooge raad bij arrest van 26 April 1861, *W.* n°. 2270.

zonder regterlijk verlof, meer dan ééne grosse aan dezelfde partij af te geven, artt. 430, 436 W. van B. R., artt. 40, 41, 43, 44 der wet van 9 Julij 1842, *Stbl.* n°. 20.

Eerst uitgegeven afschriften. Deze strekken eenvoudig tot bewijs, doch niet tot exécutie. Zij worden niet uitgegeven in exécutorialen vorm. Iedere grosse is een authentiek afschrift; niet ieder authentiek afschrift eene grosse.

b. De akten zijn de eigendom der partijen. Geen afschrift, geene inzage mag daarvan gegeven worden, zonder hare toestemming, art. 42 der wet van 9 Julij 1842, *Stbl.* n°. 20.

3°. *b.* Deze afschriften moeten uit den aard der zaak veel minder geloof verdienen dan de afschriften, die naar de minuut zelve gemaakt zijn, die gegeven worden door den ambtenaar, die de akte verleden of ten minste de minuut onder zich heeft, en daarmede zijn afschrift kan vergelijken. Het afschrift van een afschrift wordt daarentegen gemaakt door eenen ambtenaar, die de oorspronkelijke akte niet kent, aan wien men slechts dit afschrift ter hand stelt, en die dus niets meer dan dit feit kan verklaren.

§ **1153.** Deze overschrijving, ofschoon geen volledig bewijs voor de waarheid der handeling opleverende, doet echter een vrij sterk vermoeden daarvoor ontstaan.

Akten van erkentenis, bevestiging of bekrachtiging.

§ **1154.** De akte van erkentenis is zulk eene nieuwe akte, waarbij de schuldenaar opnieuw zijne schuld erkent en die hij aan den schuldeischer ter hand stelt, meestal om de verjaring te beletten.

§ **1155.** De bekrachtiging is het middel, waarbij men afziet van het regt, om zich op zeker gebrek, ter zake waarvan men de nietigverklaring eener verbindtenis zou kunnen vorderen, te beroepen. Zij kan alleen plaats hebben, indien de nietigheid van dien aard is, dat het aan de partij vrijstaat daarvan al of niet gebruik te maken, van zoodanige handelingen, die betrekkelijk, niet die volstrekt nietig zijn, zoo als eene verboden fidei-commissaire substitutie, eene schenking bij onderhandsche akte,

enz. Zie artt. 926, 1930, enz., en boven, *ad* § 89. De bekrachtiging geschiedt uitdrukkelijk door eene akte, stilzwijgend door vrijwillige uitvoering.

1°. *b*. De redenen waarom, enz. *a*).

2°. Vrijwillige nakoming *b*).

Na het tijdstip, enz. B. v. na de meerderjarigheid, indien de nietigheid voortspruit uit de minderjarigheid van de zich verbindende partij.

TITEL III.

VAN BEWIJS DOOR GETUIGEN.

(Artt. 1932—1951. EERSTE GEDEELTE, § 1157—1171, bl. 277—281.)

Geschriften: ASSER, 599—606; VOORDUIN, V, 506—521; DIEPHUIS, IX, 192—273; OPZOOMER, III, 131—183; DIEPHUIS, *N. B. R.*, III, 5—95; VAN DEN BOSCH, aang. *Diss.*, p. 39—46; VAN BELL, 76—97; VAN REENEN, *de beperkingen van getuigen-bewijs in burg. zaken.* Leiden, 1871.

Gevallen, waarin het getuigen-bewijs al dan niet wordt toegelaten.

§ **1157.** Het spreekt van zelf, dat het bewijs door getuigen toegelaten wordt in al de gevallen, waarin het niet verboden is, art. 1932. — Geen bewijs is echter zoo bedriegelijk, zoo onzeker, en dus zoo gevaarlijk als dat door getuigen. Niet alleen dat het gebeuren kan, en ongelukkig maar al te dikwijls gebeurt, dat

a) Opdat blijke waartegen men de verbindtenis wil bekrachtigen. Bestaan er meerdere redenen op grond waarvan men de vernietiging zou kunnen vorderen, de vermelding van slechts één daarvan in de akte van bekrachtiging zou niet beletten de vernietiging der verbindtenis om die andere redenen te vorderen.

b) Het is een vereischte dat men de verbindtenis nakomt, nadat men van het gebrek kennis bekomen heeft.

een getuige opzettelijk de waarheid verbergt, dat hij meer door eigen belang, haat, nijd, of door eene niet minder schuldige zucht om zijnen vrienden eene zoogenaamde goede dienst te bewijzen, dan door eed en pligt zich laat leiden; maar zelfs, met de beste trouw der wereld, zijn de verklaringen der gemoedelijkste getuigen nog maar zeer zwakke en onvoldoende middelen, om de justitie voor te lichten, en de ontdekking der waarheid te bevorderen. Een getuige zegt, wat hij gezien, gehoord en ondervonden heeft. Maar het is niet zeker, dat hij alles gezien en ondervonden heeft. Toen hij tegenwoordig was bij datgene, waarover later zijne getuigenis in regten gevorderd wordt, had hij misschien geene reden om daarop met die naauwkeurigheid te letten, die noodzakelijk zou zijn, om daarvan een volledig en getrouw verslag aan den regter te kunnen mededeelen; en het is mogelijk dat juist datgene zijne aandacht ontsnapt is, dat aan de zaak een geheel ander aanzien zou geven. Een getuige verklaart, wat hij naar zijn beste weten zich meent te herinneren, maar zijn geheugen kan hem bedriegen. Hij kan het ééne vergeten, het andere ten halve of slecht onthouden hebben. Eindelijk is het hem niet altijd mogelijk niet een eigen oordeel te vellen, niet eene eigen wijze van zien te hebben in de zaak, waarover zijne verklaring loopt; en onwillekeurig oefent dat oordeel, die wijze van zien niet zelden eenen voor de ontdekking der bloote en zuivere waarheid nadeeligen invloed uit op de wijze, waarop hij het gebeurde voorstelt.

Deze en meer andere redenen hebben bijna alle wetgevers, ofschoon gevoelende dat men het getuigen-bewijs niet geheel missen kan, bewogen, het zoo veel mogelijk te beperken, en slechts in enkele gevallen toe te laten *a*). Reeds JUSTINIANUS, in *l.* 18 *C.*

a) Omtrent hetgeen hier ten opzigte van de beperking van het getuigenbewijs is gezegd, merkt de Schr. der *Handl.* in eene noot het volgende op: »Ik laat dit onveranderd, omdat ik die gronden zelfs vroeger niet uitdrukkelijk voor de mijne heb gegeven. Ik wil echter niet verzwijgen dat, hoezeer het niet te ontkennen is, dat het getuigenbewijs zijne bezwaren heeft, bij mij echter, en ook bij anderen, in de laatste jaren ernstige twijfel gerezen is omtrent de wenschelijkheid van te groote beperking". Thans wordt die groote beperking vrij algemeen afgekeurd. Wel vindt de volstrekte vrije bewijstheorie, die partijen zonder eenige beperking veroorlooft tot staving van eenig feit, elk haar ten dienste staande bewijsmiddel aan te voeren, en den regter volkomen vrijheid toekent zoowel in de keuze als in

de test., is daarop bedacht geweest. Zie voorts ook Toullier, IX, 1—12; Delv., I, 12, 13, VI, 86; *Briefw.*, 220, 221, enz. De grondtrekken zoowel van het Fransche als van het hedendaagsche regt zijn deze: 1°. het getuigen-bewijs wordt alleen toegelaten voor zaken, die òf zoo gering zijn, dat het niet der moeite waardig was, zich van eene schriftelijke akte te voorzien, òf waarvan het onmogelijk was zich een bewijs bij geschrifte te verschaffen; 2°. waar eene schriftelijke akte aanwezig is, wordt het bewijs door getuigen tegen dat bewijs niet toegelaten.

Een gevolg van het beginsel, dat het bewijs door getuigen niet voor alle zaken wordt toegelaten, is het, dat men de feiten, die men bewijzen wil, vooraf moet opgeven, en dat de regter moet onderzoeken, of het bewijs door getuigen daarvan door de wet wordt toegelaten, en, zoo ja, het beveelt. Artt. 199, 202 W. van B. R. — Over de kracht van het getuigen-bewijs in strafzaken, zie artt. 432—435 W. van Strafv.

1°. Art. 1341 *C. N.* bepaalde die som op 150 franken, art. 1943 van het wetboek van 1830 op 100 gulden. De tegenwoordige wet heeft haar gesteld op 300 gulden. Dit leed uitzondering in geval van pandregt, waarvoor, volgens art. 1197, eene schriftelijke akte gevorderd werd, indien de som *f* 100 te boven gaat. Na de wet van 8 Julij 1874 (*Stbl.* n°. 95), is echter deze uitzondering vervallen. Zie boven bl. 474, *ad* § 687.

Om het bestaan enz. *a*).

---

de waardering van elk middel, waardoor, naar zijne opvatting, zijn oordeel zou kunnen worden gevestigd, in geenen deele algeheele instemming. Maar vrij algemeen wordt thans de wenschelijkheid erkend, om in beide opzigten bij de wet meerdere vrijheid toe te kennen dan thans het geval is. Belangrijk zijn de praeadviezen over dit onderwerp in de *Ned. Juristenvereeniging* uitgebragt, en de naar aanleiding daarvan gevoerde discussiën, jg. 1879, I, 34—94 en II, 4—69. Zie ook het opstel van Mr. E. N. de Brauw, in *Themis*, 1879, bl. 228 vlg. Buitenlandsche wetgevingen zijn in dit opzigt ons reeds voorgegaan. In de *Civilprozess-ordnung für das Deutsche Reich*, wordt het beginsel van vrije waardering door den regter van het door partijen geleverde bewijsmateriaal, in zeer ruime mate gehuldigd.

a) Bij arrest van 23 Dec. 1881, *W.* n°. 4724, beslistte de hooge raad, dat art. 1933 alleen aan hen tusschen wie eene overeenkomst is gesloten, de bevoegdheid ontzegt het bestaan daarvan door getuigen te bewijzen, en dat derhalve een derde tot dat bewijs mag worden toegelaten, indien het bestaan dier overeenkomst

Hetzij, enz. Maar anders, als er twee schulden bij ééne en dezelfde regtsvordering worden gevraagd, ieder van beneden de 300 gulden, doch waarvan het gezamenlijk bedrag die som te boven gaat. B. v. als iemand aan denzelfden schuldenaar te gelijk vraagt 200 gulden wegens geleend geld, en 200 wegens verkocht graan. In dat geval wordt het bewijs door getuigen toegelaten. De schuldeischer behoefde noch van de ééne noch van de andere schuld eene schriftelijke akte op te maken; hij wist niet, dat hij die twee vorderingen te gelijk zou instellen; en aan dit laatste doet hij wèl, omdat hij daardoor noodelooze kosten spaart. Het Fransche regt, dat in dit geval het bewijs door getuigen niet toeliet (art. 1345 *C. N.*), moest dan ook eenen stap verder gaan. Om te beletten, dat men het verbod ontdook door iedere vordering afzonderlijk in te stellen, beval het in art. 1346, dat allen zouden geschieden bij één en hetzelfde exploit, op straffe van verval dergenen, die bij het eerste exploit niet gevraagd waren. Het harde en onbillijke dezer voorschriften, waarbij men een misschien goed beginsel tot een in ieder geval verderfelijk uiterste gedreven had, is reeds aangetoond door TOULLIER, IX, 48, 49. — Om dezelfde reden zal ook een winkelier, die de betaling eener rekening vordert, waarop onderscheiden afzonderlijke posten voorkomen, ieder beneden de drie honderd gulden, tot het bewijs door getuigen moeten worden toegelaten, hoe hoog ook het gezamenlijk bedrag zijn moge der geheele rekening. Iedere levering of iedere post der rekening is het uitvloeisel eener afzonderlijke overeenkomst; en men kan natuurlijk van geen winkelier vergen, dat hij met ieder, die gewoon is van tijd tot tijd bij hem te komen koopen, telkens schriftelijke overeenkomsten maakt, omdat de mogelijkheid bestaat, dat de geheele rekening later blijken zal de *f* 300 te boven te gaan.

2°. Wanneer er eene schriftelijke akte bestaat, waarvan de valschheid noch beweerd noch bewezen is, moet zij geheel en

de voorwaarde uitmaakt, waarvan een aan hem toekomend regt afhankelijk is. Zie in gelijken zin een arrest van 9 Mei 1884, *W.* n°. 5045, waarbij de hooge raad het getuigenbewijs tegenover derden in gelijksoortig geval toelaatbaar verklaarde.

volkomen geloofd worden. Men kan van dit beginsel niet afwijken, zonder aan den eerbied voor het schriftelijk bewijs, het zekerste van allen, te kort te doen. Wanneer er wezenlijk iets anders was overeengekomen, dan in de akte is uitgedrukt, had men ook iets anders daarin kunnen en moeten vermelden. Wanneer er meer bedongen was, dan uitgedrukt is, had men er dit kunnen en moeten bijvoegen. De wet vooronderstelt zelfs, dat men het één en het ander zou gedaan hebben. Als ik eene schuldbekentenis geteekend heb van 150 gulden, kan ik niet worden toegelaten tot het bewijs, dat ik slechts 100 gulden schuldig was. Als ik mij schriftelijk en onvoorwaardelijk verbonden heb tot de betaling eener zekere som, mag ik niet door getuigen bewijzen, dat ik daarbij eene voorwaarde bedongen heb Men moet daarmede niet verwarren die omstandigheden, die vóór of na het teekenen der akte hebben plaats gehad, en die hare nietigheid of haar verval kunnen ten gevolge hebben, als geweld, bedrog, dwaling, enz. *a*). Deze mag men altijd door getuigen bewijzen, als de wet dit om geene andere redenen verbiedt. Het verbod treft alleen datgeen wat het eigenlijk onderwerp der akte uitmaakt, of daarmede in een dadelijk verband staat.

Dat het voor het overige geldt zoowel voor den eischer als voor den verweerder, spreekt van zelve, en werd op juiste gronden geoordeeld door den hoogen raad bij arrest van 7 October 1853, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XVII, 140—153. Men moet daarbij nog in het oog houden, dat alle overeenkomsten met onderlinge toestemming der partijen kunnen worden herroepen of gewijzigd, art. 1374, en dat die nadere overeenkomst mondeling kan worden aangegaan, al ware de oorspronkelijke bij geschrifte gesloten; en dat bij gevolg ook daarvan het bewijs door getuigen geoorloofd is, indien het ten minste niet, hetzij om het bedrag, dat het onderwerp der overeenkomst uitmaakt, hetzij om andere redenen is uitgesloten *b*).

---

a) Tot het constateren daarvan is de akte niet bestemd.

b) De bevoegdheid van partijen om met onderlinge toestemming eene overeenkomst te herroepen of te wijzigen, sluit niet in zich de bevoegdheid om het bewijs dier herroeping of wijziging door getuigen te leveren. De wet die het eerste

§ 1158. 1°. Wanneer er zulk een begin van bewijs bestaat, is er tevens een groot vermoeden voor de gegrondheid der vordering. De wet kon daarvan slechts in het algemeen eene bepaling geven, zonder de oneindige voorbeelden die zich daarvan kunnen voordoen op te sommen. Een voorbeeld daarvan is, als ik iemand aanspreek voor eene schuld wegens gedane leverancie van goederen, en als ik eenen brief toon, waarin hij mij meldt diezelfde goederen ontvangen te hebben. Een ander voorbeeld hebben wij gezien boven, ad § 785. Voorbeelden eindelijk van akten, die de wet zelve verklaart een begin van bewijs door geschrifte te zijn, kan men vinden in de aang. art. 1908, 2e lid, enz. De hooge raad besliste bij arrest van 16 April 1852, *Weekbl.* n°. 1329, dat het procesverbaal van een verhoor op vraagpunten een begin van schriftelijk bewijs oplevert *a*). Deze leer, verdedigd in *Opm. en Meded.*, IX, 27—34 *b*), wordt echter op afdoende gronden bestreden in *Regtsg. Adv.*, IV, 143—146. De akte moet voortkomen, emaneren, van hem aan wien men haar tegenwerpt. Indien het daartoe al niet altijd noodig is, dat zij door hem eigenhandig geschreven zij, zij moet ten minste in haar geheel zijn werk zijn; hij moet er de auteur van zijn. Het proces-verbaal van verhoor is het werk van den griffier (art. 243 Wetb. van Burg. Regtsv.), en wordt ook met een geheel ander doel opgemaakt. Het kan aan den verhoorde alleen worden tegengeworpen, voor zoo verre daarin erkentenissen door hem

---

onvoorwaardelijk toelaat, kan het laatste zeer wel in sommige gevallen verbieden. Dit laatste is geschied in art. 1934, voor het geval dat de oorspronkelijke overeenkomst bij geschrifte is aangegaan. In dien zin beslistte de hooge raad bij arrest van 4 Jan. 1861, R. d. LXVII, bl. 30, dat wijzigingen gemaakt in eene vroegere bij geschrifte gesloten overeenkomst niet door getuigen mogen worden bewezen. In gelijken zin zie Diephuis, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 50—53, die aldaar tevens nader ontwikkelt de stelling, dat het hier bedoelde verbod niet van toepassing is op feiten, waardoor de verbindtenis, van wier ontstaan de akte het bewijs inhoudt, hetzij geheel te niet gegaan, hetzij ten deele opgeheven en alzoo gewijzigd zou zijn, zoodat men bevoegd is door getuigen eene betaling te bewijzen, ook dan wanneer de overeenkomst ter voldoening waarvan de betaling strekte, bij geschrifte is aangegaan.

a) Deze leer is ook gehuldigd bij arrest van den hoogen raad van 11 Mei 1877, *W.* n°. 4123.

b) Zij wordt ook voorgestaan door Diephuis, *N. B. R.*, II, 323.

afgelegd, geconstateerd zijn. Het proces-verbaal kan dan gelden als erkentenis, maar nooit als schriftelijk bewijs of als begin daarvan *a*). Juister is de beslissing van een ander arrest van 13 Februarij 1852, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XIV, 86—99, dat de koop-akte waarbij hij, tegen wien eene vordering wordt ingesteld, partij geweest is, tegen hem kan worden ingeroepen als begin van schriftelijk bewijs.

2°. De gevallen, hier opgenoemd, zijn slechts voorbeelden, en sluiten anderen van gelijken aard niet uit: deze uitzondering is ONDER ANDEREN toepasselijk, zegt art. 1940.

Wanneer het uit den aard der zaak enz. *b*).

b. Zie boven, *ad* § 1026. Anders is het met vrijwillige bewaargeving. Daarvan heeft men zich een schriftelijk bewijs kunnen verschaffen.

d. Het bewijs, dat er eene schriftelijke akte bestaan heeft, en dat die werkelijk op de hier bedoelde wijze is verloren gegaan, moet in dat geval aan het bewijs door getuigen van de vordering zelve voorafgaan. Dat bewijs kan echter ook door getuigen, en het laatste zelfs door vermoedens bewezen worden. Zie MARCADÉ, V, 141—143 *c*).

3°. In den handel vallen zoo vele spoed-vereischende zaken voor, dat het niet mogelijk is daarvan altijd schriftelijke akten op te maken. Het bewijs door getuigen wordt daarin altijd toegelaten, in alle gevallen, zonder aanzien van den aard en van het bedrag der onderwerpen, ten ware de wet een ander bepaald middel van bewijs hebbe voorgeschreven, zoo als voor de vennootschap onder

---

a) Nog beslistte de hooge raad bij arrest van 20 Febr. 1874, R. d. CVI, § 21, dat eene procureursconclusie in het geding, waarin zij genomen is, een begin van bewijs bij geschrifte kan uitmaken tegen dengene, voor wien de conclusie genomen is.

b) Bij arrest van 18 Dec. 1874, R. d. CVIII, § 35, beslistte de hooge raad, dat tot de gevallen, waarin het uit den aard der zaak niet mogelijk is zich een schriftelijk bewijs te verschaffen, het geval behoort, dat eene schriftelijk aangegane overeenkomst wegens vermomming of simulatie wordt aangevallen.

c) Zoowel het feit dat er eene schriftelijke akte bestaan heeft, als het feit dat die akte op een der in art. 1940, 4°. bedoelde wijzen is verloren geraakt, mag door vermoedens bewezen worden, artt. 1940, 1959.

eene firma, de naamlooze vennootschap, enz., artt. 1, 22, 38 Wetb. van Kooph.

Zaken van koophandel *a*).

Waarde der getuigenissen. Geloofwaardigheid der getuigen.

§ **1159.** De bepalingen omtrent de waarde der getuigenissen en de geloofwaardigheid der getuigen zijn geheel nieuw. De Fransche wet kende die niet, maar liet alles over aan de zedelijke overtuiging en aan het geweten van den regter, zoowel in burgerlijke als in lijfstraffelijke zaken. Deze hoorde de getuigen, maar hij was door hunne verklaringen niet gebonden, de wet schreef hem niet voor wat hij al, wat hij niet gelooven mogt. Zie TOULLIER, IX, 322, 323. Men heeft bij ons een anderen weg ingeslagen, en ook hier aan den regter vaste regels trachten voor te schrijven, die echter uit den aard der zaak slechts zeer weinig in getal konden zijn, en waarbij men nog zeer veel aan zijn oordeel heeft moeten overlaten. Want men bedriege zich omtrent die regels niet. Bepaalde voorschriften, waarnaar zich de regter in alle gevallen, zonder eenige afwijking, moet gedragen, even als voor het schriftelijk bewijs. waren hier niet mogelijk. Volgens dat stelsel dus moeten, om eene zaak voor bewezen te houden, zich altijd deze twee omstandigheden vereenigen: 1°. wettig bewijs; 2°. zedelijke overtuiging van den regter. Één van beiden op zichzelven is niet voldoende. De wet zegt in artt. 1941—1945 wel wat de regter niet mag aannemen als bewezen, maar niet

a) Er zijn handelingen, die slechts ten opzigte van eene der gedingvoerende partijen als zaken van koophandel zijn te beschouwen. Zoo b v. verrigt de koopman die zijne waren verkoopt wel, de particulier daarentegen die ze koopt, niet een daad van koophandel. In zoodanig geval mag de particulier wel tegen den koopman, maar niet deze tegen genen het gevorderde bewijs door getuigen leveren. Immers bij ontkentenis, heeft de koopman het bewijs te leveren dat de particulier gekocht heeft, dus het bewijs van eene niet commerciele daad, de particulier daarentegen dat de koopman verkocht heeft, deze dus een daad van koophandel heeft verrigt. In gelijken zin beslistte de hooge raad bij arrest van 18 April 1878, R. d. CXVIII, § 39. Anders echter DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 55, 56.

wat hij moet aannemen, of, wat hetzelfde is, wat hij moet gelooven; en dat kon ook trouwens niet. Dit schijnt ook de leer van het Romeinsche regt geweest te zijn: *hoc unum tibi rescribere possum — ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opineris, — verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione judicantium, ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere. L.* 3, § 2, *l.* 13 *D. de test.* Men moet namelijk deze woorden in verband beschouwen met den regel: *unus testis, nullus testis* (*l.* 12 *D.*, *l.* 9, § 1 *C. eod.*), die in het Romeinsche regt gold en bij ons thans weder ingevoerd is. Als men het beginsel éénmaal heeft aangenomen, dat hier vaste regels kunnen en moeten gesteld worden, dan laat zich deze regel zeker zeer goed regtvaardigen, ofschoon het anders dikwijls zeer hard en zelfs weinig regtvaardig zijn kan, dat een regter, die niet voor waar behoeft te houden wat tien of meer geloofwaardige getuigen hem eenstemmig gezegd hebben, eene zaak niet als bewezen mag aannemen, van welker waarheid hij de zedelijke overtuiging heeft, al is het dan ook slechts door de verklaring van één getuige. Zie voor het overige over den regel van dit artikel en over de uitzondering daarop bij het volgende artikel toegelaten, *Handl. tot het Wetb. van Strafv.*, 2e dr., *aant. ad* § 295 *a*).

§ 1161. De voorschriften van art. 1945 zijn bijna letterlijk ontleend aan hetgeen CALLISTRATUS leert in *l.* 3 *Pr.;* § 1 *D. de test.* Zij behooren zeker door ieder regtschapen en gemoedelijk regter met naauwgezetheid te worden nageleefd. Het is intusschen de vraag, of zij in de wet zich wel op hare plaats bevinden. — Hoe toch zal men in hooger beroep, en veel meer nog in cassatie,

a) De verklaring van éénen enkelen getuige, zonder eenig ander middel van bewijs, verdient in regten geen geloof. Maar moet aan zoodanige verklaring op zich zelve, alle kracht worden ontzegd? Bevestigend beantwoordt deze vraag OPZOOMER, t. a. p., ad art. Ontkennend wordt zij beantwoord door den Schr. der *Handl.* en door DIEPHUIS, die op dien grond beweren, dat de verklaring van een enkel getuige den regter de bevoegdheid verleent tot het opleggen van den suppletoiren eed; zie beneden ad § 1195 en DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 21—23.

bewijzen, dat de regter niet heeft gelet op de leefwijze, de zeden, den stand der getuigen, dat hij geen acht heeft geslagen op hunne onderlinge overeenstemming, op de redenen, die zij kunnen gehad hebben, om de zaak op deze of gene wijze voor te dragen, enz.? Zie ook hierover *Handl. tot het Wetb. van Strafv.*, 2e dr., *aant. ad* § 297 *a*).

Wijze waarop de verklaringen der getuigen afgelegd worden.

§ **1162.** In het breede vindt men hierover gehandeld, *Handl. tot het Wetb. van Strafv.*, 2e dr., *aant. ad* § 128, 4—6, 134. Het eeds-formulier, zoo als het hier vermeld wordt, is onvolledig. De getuigen moeten zweren, niet alleen dat zij de waarheid, maar dat zij de geheele waarheid en niets dan de waarheid zullen zeggen. Art. 107 Wetb. van B. R. Zie meer hierover *Handl. tot het Wetb. van B. R.*, *aant. ad* § 99.

§ **1163.** Verg. *Handl. tot het Wetb. v. Strafv.*, 2e dr., *aant. ad* § 296.

Verpligting om getuigenis af te leggen.

§ **1165.** Het afleggen van getuigenis in regten over zaken, waarvan men kennis draagt, is een burgerpligt, waaraan niemand zich mag onttrekken. *L.* 22, *l.* 19 *D. de test.* — Over de middelen om den weigerachtigen getuige hiertoe te noodzaken, zie art. 116 volg. W. van B. R. — Zij, die vermeenen eene wettige reden van verschooning te hebben om getuigenis af te leggen, zijn daarom niet ontslagen van de verpligting, om voor

a) Ik acht de bepaling niet misplaatst in de wet. Het nut van de opneming eener bepaling in de wet is niet uitsluitend daarvan afhankelijk, of niet-inachtneming aanleiding kan geven tot vernietiging van de uitspraak in cassatie. Minder in hetgeen het uitdrukkelijk zegt, dan in hetgeen daaruit voortvloeit, ligt het nut van art. 1945. Het stelt boven twijfel dat de regter bevoegd is om, bij het bestaan van meerdere getuigenissen die voldoende zijn om wettig bewijs op te leveren, daaraan toch geen geloof te hechten, indien hij redenen heeft de geloofwaardigheid daarvan te betwijfelen. In het *Burgerlijk Wetboek*, dat geene algemeene bepaling inhoudt als art. 431 *Wetb. v. Strafv.* bevat, is zoodanig voorschrift m. i. zeer heilzaam. Mr. A. A. DE PINTO betuigt dan ook zijne ingenomenheid met deze bepaling. *Ned. Juristenver.*, 1879, I, 55. Zie ook DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 25—29.

den regter te verschijnen, aan wiens oordeel zij die redenen altijd moeten onderwerpen.

3°. Daartoe behooren b. v. advokaten, procureurs, geestelijken, geneesheeren, enz. De Fransche wet liet zich hieromtrent niet stellig uit. De schrijvers over dat regt leeren echter hetzelfde. Zie b. v. CARRÉ, *les Lois de la Proc. civ.*, 1037. Zie voorts hierover meer in *Handl. tot het Wetb. van Strafv.*, 2e dr., *aant. ad* § 53.

Onbekwaamheid.

§ 1166. 2°. De verklaring van den echtgenoot wordt altijd van partijdigheid verdacht gehouden, vóór de echtscheiding ten voordeele, nà de echtscheiding ten nadeele van den anderen echtgenoot.

Onbevoegdheid.

§ 1167. Er bestaat een groot verschil tusschen onbekwaamheid en onbevoegdheid. De personen, in art. 1947 bedoeld, worden in het algemeen tot het afleggen van getuigenis toegelaten; zij zijn daartoe alleen onbekwaam voor die zaken, waarin hunne bloed- of aanverwanten of hun echtgenoot betrokken is. Diegenen, die onbevoegd zijn, en waarvan art. 1949 spreekt, mogen in geene zaak, althans niet onder eede, gehoord worden.

2°. Zij die ter zake van verkwisting onder curatele gesteld zijn, zijn niet onbevoegd. Zij zijn hunne verstandelijke vermogens volkomen magtig.

§ 1168. De zin schijnt, dat die verklaringen wel op zich zelve nimmer kunnen gelden als wettig, zelfs niet als half bewijs; doch dat zij alleen in zoo verre kunnen strekken tot toelichting, dat zij kunnen dienen tot de vestiging van 's regters overtuiging omtrent zoodanige feiten, die door de gewone middelen kunnen worden bewezen, namelijk in de aanhangige zaken, met andere woorden dus van feiten, die van elders bewezen zijn. En dat onder die gewone middelen alleen kunnen worden verstaan wettige bewijsmiddelen, spreekt van zelf. Ons artikel onderscheidt zich in dit opzigt inzonderheid door eene betere redactie boven art. 445 Strafv., dat eene soortgelijke bepaling voor strafzaken inhoudt, doch dat zich bedient van de minder

juiste uitdrukking: van daadzaken, welke VAN ELDERS kunnen blijken of bevestigd worden. Zie voorts *Handl. tot het Wetb. van Strafv.*, 2e dr , *aant. ad* § 303.

Wraking.

§ **1169**. Wanneer geene der partijen zich tegen het hooren dezer getuigen verzet, mogen zij gehoord worden , in tegenoverstelling der onbevoegden en onbekwamen, die de regter niet hooren mag, behoudens het bepaalde bij art. 1949.

3°. Dat onder de dienstboden, die als getuigen kunnen worden gewraakt, niet kunnen worden gerangschikt de ambtenaren van het rijk of van de gemeente, die wel hunne vertegenwoordigers maar niet hunne dienstknechten zijn, oordeelde de hooge raad zeer juist bij een arrest van 2 December 1853, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, 254—269. De leer van dat arrest is echter moeijelijk in beginsel overeen te brengen met de jurisprudentie van den hoogen raad over de onbeperkte verantwoordelijkheid van den staat voor elke onregtmatige handeling en voor elk verzuim van zijne ambtenaren, waarover zie boven *ad* § 804 *a*).

4°. *b*).

§ **1170**. Zij zijn in zulke zaken gewoonlijk de eenige personen, die in staat zijn om eenige inlichting te geven. Mishandelingen, beleedigingen inzonderheid, en andere gronden, die reden geven tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed, zouden maar zeer zelden kunnen bewezen worden, indien men het getuigenis van huisgenooten en bloedverwanten, dat is van de eenigen die er gewoonlijk iets van weten, weerde. Het wordt dan ook uit noodzakelijkheid toegelaten, en alzoo om dezelfde reden. waarom MODESTINUS in *L.* 7, *D. de testib.* in sommige gevallen

---

a) Zie ook het arrest van den hoogen raad van 13 Dec. 1878, *W.* n°. 4321, en in het algemeen over het wraken van getuigen volgens het burgerlijk regt, Mr. A. F. K. HARTOGH, in *N. Bijdr.*, jg. 1876, 251—298.

b) De wijziging die deze bepaling bij de invoering van het nieuwe strafwetboek, bepaaldelijk ook ten gevolge van de afschaffing der onteerende straffen, zal ondergaan, is opgenomen in art. 14 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93). Zie de toelichting van art. 15 van het betrekkelijk wetsontwerp (Zitting 1882—1883—152 n°. 5).

het getuigenis van slaven toeliet: *servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.*

TITEL IV.

VAN VERMOEDENS.

(Artt. 1952—1959. EERSTE GEDEELTE, § 1172—1178; bl. 281—283.)

Geschriften: ASSER, 606—613; VOORDUIN, V, 522—541; DIEPHUIS, IX, 184—226; OPZOOMER, III, 279—294; DIEPHUIS, *N. B. R.*, III, 209—271; VAN DEN BOSCH, aang. *Diss.*, p. 47—58; VAN BELL, 98—111.

Bepaling. Verdeeling.

§ 1172. De eerste soort van vermoedens noemt men *praesumtiones juris;* de tweede *praesumtiones hominis.*

§ 1173. Het wettelijk vermoeden wordt onderscheiden in *praesumtio juris et de jure*, of dat wat door geen tegenbewijs kan worden ontzenuwd; en *praesumtio juris tantum*, waarvan het tegendeel mag worden bewezen *a*).

Wettelijke vermoedens.

§ 1174. 1°. B. v. eene schenking of uiterste wilsbeschikking ten voordeele van den vader, de moeder, de kinderen, de afstammelingen of den echtgenoot van iemand, die onbekwaam is om te ontvangen, artt. 958, 1718; verboden schenkingen aan eenen tweeden echtgenoot, door middel van tusschen beide komende personen, artt. 238, 239. Beiden zijn *praesumtiones juris et de jure.* Zie boven, ad § 143.

---

a) De hier gebezigde en vroeger algemeen gebruikelijke uitdrukkingen *praesumtio juris et de jure* en *praesumtio juris tantum* worden door sommigen minder gelukkig geacht. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 227, noemt de vermoedens van de eerste soort strengere, die van de andere soort eenvoudige, of gewone wettelijke vermoedens.

2°. B. v. de gemeene muren, grachten, sloten of heggen, artt. 681, 706, 710; de betaling der hoofdsom, zonder voorbehoud, die ook de betaling der interessen doet vooronderstellen, art. 1806.

3°. *a*).

4°. Dat zijn echter niet zoo zeer vermoedens als afzonderlijke en zelfstandige bewijsmiddelen.

§ **1175.** Wordt vereischt *b*).

1°, 2°. Want, als er eene andere zaak of als dezelfde zaak uit eene andere oorzaak gevorderd wordt, dan is ook de zaak veranderd. De regter, die aan den eischer eene geldsom heeft toegewezen, zou hem misschien een huis of landgoed ontzegd hebben. Wanneer aan iemand een eisch wegens geleend geld ontzegd is, dan volgt daaruit nog niet, dat hij niet gelijke som uithoofde van koop kan te vorderen hebben. Dit alles is voor het overige overgenomen uit *l.* 12, 13, 14, *Pr. D. de exc. rei jud.: cum quaeritur haec exceptio noceat, necne? inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum: quae nisi omnia concurrant, alia res est.* Zie voorts eene verhandeling over de *res judicata*, in de *Rev.* van WOLOWSKI, 1848, 315—349 *c*).

3°. Voor de partijen, tusschen wie een vonnis gewezen is, geldt de regel: *res judicata pro veritate habetur.* Maar voor derden is dit eene *res inter alios acta*, *l.* 14 *Pr. D. de exc. rei jud.* — De hooge raad neemt, in weerwil hiervan, bij twee arresten van 23 Junij 1869 en van 3 November 1871, bij VAN

---

a) Hetgeen bij zoodanig gewijsde is beslist, moet binnen de grenzen bij art. 1954 gesteld, als waar worden erkend. De eene partij kan het tegen de andere doen gelden. Dat voorschrift strekt tot bevordering der regtszekerheid. Waar zou het met de zekerheid van den regtstoestand en de regtsbetrekkingen van partijen heen, indien omtrent hetgeen eenmaal bij regterlijk gewijsde tusschen haar is beslist, telkens op nieuw een geding kon worden ingesteld?

b) De beslissing of de hier gestelde vereischten aanwezig zijn, vordert een vooraf gaand onderzoek naar den inhoud van het gewijsde waarop men zich beroept. Die beslissing is van zuiver feitelijken aard en daarop kan dus in cassatie niet worden teruggekomen. Aldus beslistte de hooge raad bij arr. v. 16 April 1875, *W.* n°. 3843.

c) Zie over de werking van de res judicata, GOUDSMIT, *Pand.*, d. 1, § 108.

DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXIII, 493—513, en XXXVI, 211—225, aan, dat een vonnis aan derden wel niet kan worden tegengeworpen als zoodanig; maar dat het toch tegen hen gelden kan als schriftelijk bewijs van een bepaald feit. Die onderscheiding echter is even moeijelijk te verklaren als te verdedigen. Er zou in ieder geval juist het tegendeel uit volgen van wat het artikel zegt: het vonnis heeft geen gezag hoegenaamd, dus ook niet dat van bewijs, tegen derden.

Doch vonnissen, enz. B. v. als een huwelijk is nietig verklaard ten verzoeke van één der echtgenooten tegen den anderen, dan is dat huwelijk ook nietig tegen iedereen *a*). Een vonnis daarentegen waarbij de verandering of de verbetering eener akte van den burgerlijken stand bevolen is, is alleen geldig tusschen de partijen, die haar hebben verzocht of die bij die gelegenheid zijn opgeroepen, (art. 72), doch dit is geheel iets anders. De burgerlijke staat der partijen ondergaat daardoor geene verandering.

§ 1176. Door de voorschriften dezer twee artikelen is eene groote gaping der Fransche wetgeving aangevuld. Het stilzwijgen der wet op dit punt had aanleiding gegeven tot zeer uiteenloopende gevoelens. Inzonderheid is over de kracht van strafvonnissen in burgerlijke zaken getwist door TOULLIER, X, 240—257, en MERLIN, *Répertoire*, in voc. *Chose jugée* § 15, en *Qu. de droit*, in voc. *Faux*, § 6. Zie hierover ook DALLOZ, *Rép.* in voce *Chose jugée*, 544—582; MARCADÉ, V, 192—196. — Naar de strenge regelen des regts kan zeker een derde zich niet beroepen op een strafvonnis, dat tusschen den veroordeelde en het openbaar ministerie gewezen is, en er was dus wel degelijk eene stellige wetsbepaling noodig, om het tegendeel vast te stellen. En deze uitzondering van den algemeenen regel laat zich daardoor regt-

---

a) Het maatschappelijk belang vordert dat men niet ten opzigte van hem, die de nietigverklaring heeft uitgelokt, als ongehuwd, en ten opzigte van ieder ander als gehuwd zou moeten worden beschouwd. Dit geldt ten opzigte van alles wat den staat der personen betreft, b. v. de afstamming of de wettigheid van een kind. Vandaar de meerdere kracht, die art. 1957 aan de daar bedoelde uitspraken boven alle andere vonnissen van den burgerlijken regter, ingevolge art. 1954, toekent.

vaardigen, dat het niet alleen aanstootelijk zou zijn, dat iemand te gelijk voor schuldig en voor onschuldig zou moeten gehouden worden, maar dat het daarenboven onbillijk zou wezen den eischer een bewijs op te leggen over eene zaak, die reeds éénmaal in regten is uitgemaakt *a*). De hooge raad ging echter bij een arrest van 25 Maart 1870, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXIV, 337—350, verder, door de leer, dat, wanneer de strafregter *in jure* heeft uitgemaakt, dat zeker feit geen strafbaar misdrijf is, het daardoor als feit vaststaat, dat de dader daardoor ook niet onregtmatig heeft gehandeld; met andere woorden dus, dat niet alleen de feitelijke maar ook de juridieke beslissing van den strafregter verbindend is voor den burgerlijken regter. De wet echter zegt zeer duidelijk het tegendeel. Het vonnis, en natuurlijk alleen het veroordeelend vonnis, geldt als bewijs voor de gepleegde daad. Maar eene qualificatie is geen feit, en wordt alleen bewezen of liever beoordeeld uit de wet. Op die inderdaad onhoudbare leer, op goede gronden bestreden in *Weekbl.* n°. 3436, schijnt dan ook te zijn teruggekomen bij een later arrest van 6 Maart 1872, *eod.*, 461—472. Zie meer beneden aan het einde dezer §.

Behoudens tegenbewijs. — Het was eene zeer moeijelijke vraag, of men dat tegenbewijs zou toelaten of niet. — Deed men het, dan verviel men in de tegenstrijdigheid, dat dezelfde persoon te gelijk schuldig en onschuldig verklaard kon worden, en dat de burgerlijke regter, als het ware, de vonnissen van den strafregter kon vernietigen. Verbood men echter dit tegenbewijs, dan maakte men zich schuldig aan groote onbillijk-

---

a) Of deze afwijking van het strenge regt voldoende geregtvaardigd is, mag betwijfeld worden. De beweerde aanstootelijkheid is ook thans mogelijk, tengevolge van de slotbepaling van art. 1955, eene bepaling die ook volgens den Schr. der *Handl.*, blijkens het verdere gedeelte dezer §, door de billijkheid absoluut gevorderd wordt. Zij kan ook ontstaan, in het geval bedoeld bij art. 1956, wanneer b. v. de strafregter iemand vrijspreekt van feiten, die een misdrijf opleveren, en de burgerlijke regter dat misdrijf als bewezen aannemende, de vordering tot schadevergoeding toewijst. M. i. had men beter gedaan, met handhaving van het strenge regt, eerstgemeld artikel uit de wet weg te laten, waardoor de opneming van het laatstgemelde onnoodig ware geweest. In gelijken zin zie Mr. A. A. DE PINTO, in *Handel. der Ned. Juristenvereeniging*, 1879, I, 66.

heid. Het kan gebeuren, dat iemand ten onregte schuldig verklaard en tot straf veroordeeld wordt, en het zou zeker in hooge mate onbillijk zijn hem ten tweede male te veroordeelen, al kon hij zijne onschuld zonneklaar bewijzen, alleen omdat men hem reeds éénmaal bij vergissing veroordeeld had. Verg. echter J. H. GILQUIN, *de leer der praejuciële geschillen van het hedendaagsche regt*, bl. 122, 123. — Men heeft daarom tot het toelaten van dat bewijs besloten; een beginsel, dat echter uitzondering lijdt in het geval van art. 265. Zie boven, ad § 161 *a*).

Doch indien, enz. Uit de vrijspraak van den strafregter volgt nog niet, dat er geene daad verrigt is, die aanleiding tot schadevergoeding kan geven. Straf wordt alleen uitgesproken wegens daden, die de wet verklaart misdrijf te zijn. Schadevergoeding kan gevorderd worden wegens iedere onregtmatige daad, art. 1401, al is zij geen misdrijf, bij de strafwet voorzien en gestraft *b*). Maar er is meer, en de bepaling moet volstrekt niet tot dat geval beperkt, maar wel degelijk ook toegepast worden op een eisch tot schadevergoeding wegens een strafbaar misdrijf, waarvan de gedaagde door den strafregter is vrijgesproken. Het artikel is algemeen, en te regt. Uit de vrijspraak volgt niets anders, dan dat misdrijf of schuld in het strafgeding niet bewezen is geworden. Het kan niettemin bestaan, en in het burgerlijk geding bewezen worden. In de omstandigheid dat de gedaagde door den strafregter, hetzij uit gebrek aan bewijs, hetzij zelfs bij dwaling is vrijgesproken van een misdrijf, waaraan hij werkelijk blijkt schuldig te zijn, is dan geene reden gelegen om der benadeelde partij eene vergoeding te onthouden, waarop zij werkelijk aanspraak heeft.

---

a) Zie ook mijne noot aldaar.

b) Blijkbaar heeft de Schr. der *Handl.* hier op het oog niet eene vrijspraak, maar een ontslag van regtsvervolging. Deze toch wordt uitgesproken, wanneer de regter de ten laste gelegde feiten wel bewezen acht, maar van oordeel is dat zij geen bij de wet voorzien misdrijf opleveren; gene, wanneer hij die feiten niet bewezen acht. Ik acht het intusschen niet twijfelachtig, en in dit opzigt vereenig ik mij geheel met den Schr. der *Handl.*, dat noch een ontslag van regtsvervolging, noch eene vrijspraak bij den burgerlijken regter kan worden ingeroepen tot afwering van eenen eisch tot schadevergoeding wegens onregtmatige daad.

§ **1177.** *Praesumtio onus probandi transfert in eum contra quem militat. L.* 3, 9, 12 *D. de prob. et praes.*

Daartegen wordt, enz. Dit ziet nogthans alleen op de *praesumtio juris et de jure*, gelijk uit de volgende woorden blijkt, waarvan wij twee voorbeelden gegeven hebben boven, *ad* § 1174. Een ander voorbeeld is de *praesumtio rei judicatae*, waartegen ook geen bewijs wordt toegelaten, art. 1954.

Tenzij, enz. Daartoe behoort b. v. het vermoeden, dat de man vader is van een kind, staande huwelijk geboren, (art. 305 volg., en boven, *ad* § 179 volg.), en het vermoeden, uit een strafvonnis ontleend in burgerlijke zaken, gelijk wij zoo even gezien hebben, enz.

Vermoedens die niet op de wet gegrond zijn.

§ **1178.** De beoordeeling, of die vermoedens aanwezig zijn, en die over hare kracht, wordt geheel aan den regter overgelaten. Zij moeten zijn: 1°. gewigtig, die op een redelijk mensch indruk kunnen maken; 2°. naauwkeurig en bepaald, zij moeten over zekere en bestemde zaken loopen; 3°. met elkander in overeenstemming, de eene moet de andere niet vernietigen, maar waarschijnlijk maken, en allen moeten te zamen één geheel daarstellen, waarvan het feit, dat moet bewezen worden, het noodzakelijk gevolg is, voor den *judex facti* namelijk; want de wet kan daaromtrent onmogelijk in nadere bijzonderheden treden. Dwaalt dus de regter in de waardeering van die vermoedens, dan is er eene vergissing, maar in geen geval wetschennis, waarover men zich zou kunnen beklagen in cassatie. Zie arrest van den hoogen raad van 10 Mei 1844, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, V, 284—303. *Graves, précises et concordantes*, zegt art. 1353 *C. N.*

Met elkander in overeenstemming. — Hieruit alleen volgt reeds, dat één vermoeden, even zoo weinig als één getuige, een wettig bewijs zijn kan. Waar slechts één vermoeden is, kan geene sprake zijn van overeenstemming met elkander. Zie meer *Weekbl.* n°. 2393. Anders echter arrest van den hoogen

raad van 20 Junij 1862, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXVI, 460—476.

1°. In handelszaken derhalve, waarvoor in den regel het bewijs door getuigen altijd is toegelaten, (art. 1 Wetb. van Kooph.), is bij gevolg ook altijd dat door vermoedens geoorloofd, zonder dat het noodig was dit hier uitdrukkelijk te vermelden.

2°. Deze uitzondering is eigenlijk in de eerste van zelve begrepen. Kwade trouw en bedrog, op grond waarvan de vernietiging eener handeling of akte gevraagd wordt, toch behooren tot die feiten, waarvan men zich geen schriftelijk bewijs kan verschaffen. Het bewijs door getuigen is daarom geoorloofd (art. 1940), en bij gevolg ook dat door vermoedens.

TITEL V.

VAN BEKENTENIS.

(Artt. 1960—1965. EERSTE GEDEELTE, § 1179—1183, bl. 283.)

Geschriften: ASSER, 612—615; VOORDUIN, V, 541—543; DIEPHUIS, IX, 227—250; OPZOOMER, III, 294—303; DIEPHUIS, *N. B. R.*, III, 95—136; VAN DEN BOSCH, aang. *Diss.*, p. 59—66; VAN BELL, 112—123.

Algemeene bepalingen.

§ **1179.** De bekentenis is zeker het krachtigste bewijs, dat men iemand kan tegenwerpen. Maar zal zij iets bewijzen, dan moet zij natuurlijk loopen over een feit door de partij zelve bedreven, of over hare wetenschap van dat van een ander; maar zij kan niet tot onderwerp hebben iets dat door de wederpartij of door een derden persoon zou zijn verrigt. Zeer juist wordt dit uitgedrukt door VOET, *ad tit. D. de conf.* § 3: »requiritur quoque ut de suo quisque, non de alieno facto confiteatur seu de se, non de alio, cum quilibet sui quidem, non ita alieni facti, scientiam habere praesumitur.” Zie ook *l.* 9 § 3 *D. de inter-*

rogat. in jur. De bekentenis kan bovendien alleen een verschil omtrent feiten, nooit eene regtsvraag uitmaken. Zoo kan b. v. hij die beweert medegeregtigd te zijn tot eene nalatenschap, zich niet beroepen op de erkenning van zijne hoedanigheid door mede-erfgenamen; omdat de vraag of hij mede-erfgenaam is, afhangt van zijne geboorte en afstamming, en van zijne betrekking tot den erflater, doch niet van eene erkenning van anderen, die hem niet kan maken tot bloedverwant van den erflater, indien hij in werkelijkheid dit niet is. Evenzeer, en meer nog is dit het geval, indien het erfregt afhangt van een of ander regtspunt, dat alleen door de wet kan worden uitgemaakt, b. v. indien het betwist wordt, op grond dat de graad waarin de beweerde erfgenaam den erflater bestaat, door die in een digteren graad zou zijn uitgesloten *a*).

§ **1180.** Zie over de onsplitsbaarheid der bekentenis — *Themis*, 1859, bl. 221—226, en 1860, bl. 37—54. Deze regel, volgens art. 1356 *C. N.* slechts op geregtelijke bekentenissen toepasselijk (TOULLIER, X, 350), is bij ons ook tot de buitengeregtelijke bekentenis uitgestrekt. Geene bekentenis mag dus gesplitst worden, in den regel. Als ik erken u iets schuldig te zijn geweest, maar tevens beweer geheel of gedeeltelijk betaald te hebben, dan kunt gij wel mijne geheele bekentenis ter zijde stellen; maar gij kunt u niet op haar beroepen om mijne schuld te bewijzen, tenzij gij tevens aanneemt hetgeen ik tot mijne bevrijding gezegd heb: »cum," zoo als VOET opmerkt, »iniquum sit, commoda quidem admittere; repudiare vero onera eidem cohaerentia." Deze leer wordt evenwel bestreden in *Nieuwe Bijdr.*, XI, 73—109, op gronden echter die meer scherpzinnig gevonden dan juist zijn. Al mogten ook de woorden van art. 1961 de gedwongen uitlegging van den schrijver schijnen te regtvaar-

---

a) In gelijken zin besliste de hooge raad bij arr. v. 30 Mei 1884, *W.* n°. 5046, dat eene bekentenis alleen kan betreffen feiten, niet regtsbeschouwingen, zoodat het bij art. 1961 gegeven voorschrift omtrent de onsplitsbaarheid der bekentenis den regter niet verbiedt, de erkende feiten in hun geheel aannemende, uit sommige daarvan andere regtsgevolgen af te leiden dan de partij gedaan heeft, van wie de erkenning afkomstig is.

digen, men moet ook letten op zijne geschiedenis. De *C. N* ontleende zijne gelijkluidende bepaling aan POTHIER, *Tr. des Obl.*, 832, en die is dan ook nooit door iemand anders begrepen; en het is meer dan duidelijk, dat onze wet er niet aan gedacht heeft daarin eenige verandering te brengen. ' De schrijver eindigt dan ook met te erkennen, dat welligt de Fransche en de Nederlandsche wetgevers in de meening verkeerd hebben, dat zij de leer van POTHIER tot wet verhieven, maar dat die beiden zich daarin vergist hebben. Dat echter gaat wel wat zeer ver. Als de wetgevers zich vergissen, dan kan daaruit volgen, dat zij verkeerde wetten maken, maar niet dat zij iets anders tot wet gemaakt hebben dan wat hunne wet zegt.

De regel lijdt uitzondering, indien de schuldenaar bij zijne bekentenis tot zijne bevrijding zaken aanvoert, waarvan de valschheid bewezen wordt; b. v. als iemand erkent schuldig geweest te zijn, maar beweert zijnen schuldeischer betaald te hebben op eene plaats, waar deze bewijst nooit geweest te zijn. De regel is eindelijk niet van toepassing, als de schuldenaar bij zijne bekentenis voegt zaken, die geheel vreemd zijn aan het onderwerp van het geschil. Bijv. A erkent aan B schuldig te zijn 100 gulden; maar hij beweert tevens aan B eenige goederen in bewaring te hebben gegeven, ter waarde van 600 gulden. Deze bekentenis bewijst tegen A, zonder dat hij zich beroepen kan op hetgeen hij daarbij heeft gevoegd, om van B 600 gulden te vorderen. Ware het anders, dan zou ieder schuldenaar het in zijne magt hebben, om zich door eene erkentenis eenen titel te verschaffen voor eene veel grooter som dan die waarvoor hij aangesproken wordt. En dit is geene uitzondering buiten de wet, die niet zegt, dat alles, wat bij eene bekentenis gevoegd wordt, daarom alleen als bewezen moet worden aangenomen, maar alleen dat de bekentenis zelve niet mag worden gesplitst tegen hem, die haar gedaan heeft; en het feit, geheel vreemd aan de zaak in geschil, dat men bij eene bekentenis voegt, is inderdaad geen deel daarvan, maar staat geheel op zich zelf. In de meeste gevallen is het tamelijk gemakkelijk te beslissen, of er in waarheid een zoo naauw verband bestaat tusschen het erkende en het

daarbij gevoegde. De regter moet dit in ieder geval beoordeelen. Doch in den regel kan en moet men dit verband aannemen, zoo dikwijls het bijgevoegde eene verwering oplevert tegen de schuld, die op zich zelve erkend wordt. Zie meer hierover *l.* 2 *C. de dep.*; VOET, *ad tit. D. de conf.*, n°. 5; POTHIER, *Tr. des Obl.*, n°. 833; MERLIN, *Qu. de dr.*, in voc. *Confession*, § 2; TOULLIER, X, 335—339; LAURENT, *Princip.*, d. XX, bl. 211—225 *a*).

Eindelijk zij nog opgemerkt, dat de regel der onsplitsbaarheid alleen dan te pas komt, als er van de vordering geen ander bewijs hoegenaamd is. Kan derhalve de eischer zijne vordering door eenig ander geoorloofd middel bewijzen, dan zal de gedaagde

---

a) Vele schrijvers verdeelen de bekentenis in drie soorten: a. *l'aveu pur et simpli;* b. *l'aveu qualifié;* c. *l'aveu complexe.* Tot de eerste soort behoort de zuivere en zonder eenig voorbehoud gedane erkenning van het door de tegenpartij gestelde feit. Die bekentenis levert volledig bewijs op van dat feit. Tot de tweede soort behoort het geval dat het gestelde feit wordt erkend, maar niet zooals het gesteld is, b. v. ik beweer u iets verkocht te hebben en vorder den koopprijs; gij erkent dien koop, maar beweert dat de overeenkomst is gesloten onder eene voorwaarde, die nog niet vervuld is. Op grond van de onsplitsbaarheid der bekentenis, kan de eischer zich daarop niet beroepen tot staving zijner vordering. Zie een arrest van den hoogen raad van 2 Jan 1880, *W.* n°. 4460. Een *aveu complexe* eindelijk is aanwezig, als het feit zooals het door de tegenpartij is gesteld, wordt erkend, maar daaraan een ander feit wordt toegevoegd. Twee gevallen zijn dan denkbaar. Dat andere feit kan met het eerste zamenhangen, het kan daaraan geheel vreemd zijn. Het eerste heeft b. v. plaats, wanneer ik erken geld van u geleend te hebben, maar beweer dit reeds te hebben teruggegeven. Ook die bekentenis is onsplitsbaar. Die verklaring kan niet strekken tot staving van het feit, waarop de vordering tot teruggave van het geleende berust, n.l. het ter leen verstrekken, zonder dat tevens de beweerde teruggave wordt aangenomen. Het tweede heeft plaats, wanneer ik erken geld van u geleend te hebben, maar er b. v. bijvoeg dat gij mij nog de kooppenningen schuldig zijt van eene verkochte en niet betaalde zaak. Terwijl de Schr. der *Handl.* meent dat in het laatste geval, de regel van art. 1961 niet toepasselijk is, beweren andere, o. a. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 128 en 129, dat ook in dit geval eene bekentenis aanwezig is, waarvan art. 1961 de splitsing niet toelaat. De leer door den Schr. der *Handl.* gehuldigd, schijnt steun te vinden in de jurisprudentie van den hoogen raad, die meermalen, o. a. bij arresten van 22 Mei 1874 en 15 Nov. 1877, VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXXIX, bl. 370, en XLII, bl. 416, heeft beslist, dat onder bekentenis zijn te begrijpen al de verklaringen der partij omtrent datgene, waarop de wederpartij aanspraak maakt. Daartoe toch behoort in het gestelde geval niet de beweerde schuldpligtigheid van kooppenningen. Zie met betrekking tot het *jus constituendum*, Mr. A. A. DE PINTO, in *Handel. der Ned. Juristenvereeniging*, 1879, I, 67—71.

zich vruchteloos beroepen op de onsplitsbaarheid zijner erkentenis; maar op hem zal, ingevolge den regel *reus excipiendo fit actor*, het bewijs berusten zijner bevrijding.

Zie over de vraag, in hoe verre de eeds-opdragt kan gebezigd worden, als een zijdelingsch middel, om de bekentenis der wederpartij in haar nadeel te splitsen, VAN DER HOEVEN en DE VRIES, *Regtsg. Opst.*, 12—16; *Themis*, 1858, bl. 222—226 *a*).

Geregtelijke bekentenis.

§ **1181.** Over de geregtelijke bekentenis, naar Romeinsch, Fransch en hedendaagsch regt, zie *Themis*, 1859, bl. 213—229. *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 1 D. de conf.*

Bij eenen bijzonderen gevolmagtigde. Bindt de geregtelijke erkentenis, door den advokaat of door den procureur in naam der partij afgelegd, zonder hare bijzondere volmagt, deze dus niet? — Neen, met dien verstande nogtans, dat zij voor waar wordt gehouden, tot dat zij door de partij herroepen is. Tegen den procureur kan zij zich bedienen van het middel van ontkentenis van geregtelijke verrigting (*désaveu*), art. 263 W. van B. R. Tegen den advokaat heeft zij dat middel niet. De advokaat is niet haar vertegenwoordiger of wettige gevolmagtigde; hij is slechts haar raadsman, die haar met zijne kennis en wetenschap bijstaat. Eene eenvoudige verklaring van de partij of van haren procureur, dat de erkentenis door den advokaat afgelegd onjuist is, is genoeg om haar buiten werking te stellen. Zie voorts TOULLIER, X, 293—298 *b*).

---

a) Zie ook *Themis*, 1863, bl. 493—496

b) Ten opzigte van het regtsgevolg eener bekentenis in naam der partij, zonder hare bijzondere volmagt, afgelegd hetzij door haren procureur, hetzij door haren advokaat, verdedigt DIEPHUIS, *N. B. R*, t. a. p, 107—110, eene andere meening. Wat betreft de bekentenis afgelegd door den procureur, schaar ik mij aan de zijde van den Schr. der *Handl.*, niet wat betreft de bekentenis afgelegd door zijnen advokaat. De regel is volgens art. 1962, dat de geregtelijke bekentenis de partij alleen dan bindt, als de derde die deze aflegt, daartoe bijzonderlijk is gemagtigd. Behelst nu art. 263 *W. van B. R.*, vraagt MR. DIEPHUIS, inderdaad iets dat eene afwijking van art. 1962 medebrengt? Ik antwoord ja. Volgens laatstgemeld art.

§ **1182.** En hieruit volgt van zelf, dat geene beweerde dwaling in het regt de herroeping eener bekentenis kan regtvaardigen: *non fatetur qui errat, nisi jus ignoraverit. L.* 2 *D. de conf.* Het spreekt evenzeer van zelven, dat hij die zich op eene dwaling omtrent feiten beroept, die bewijzen moet. Heeft hij dat bewijs geleverd, dan vervalt de bekentenis van zelve, en kan deze hem niet meer als bewijs worden tegengeworpen.

Bekentenis buiten regten afgelegd.

§ **1183.** De wet spreekt hier alleen van mondelinge bekentenis; want als zij in geschrifte gedaan is, dan is zij onderworpen aan de regelen van het schriftelijk bewijs *a*).

Dan in de gevallen, enz. Dit spreekt van zelf: Want de mondelinge bekentenis moet bewezen worden, en kan dat uit den aard der zaak alleen door getuigen.

En ook dan, enz. Het zou ten hoogste gevaarlijk zijn aan eene mondelinge bekentenis buiten regten gedaan onbepaalde bewijskracht te verleenen. Men laat zich in een eenvoudig gesprek al zeer ligt iets onbedacht ontvallen, dat onjuist of onwaar is, en dat men niet zou gezegd hebben, indien men voorzien kon, dat een ander uit dat gezegde later een geregtelijk bewijs zou afleiden. Bovendien, de regter heeft in zoodanig geval de bekentenis zelve

---

levert de bekentenis door een derde afgelegd, bij gemis van eene bijzondere volmagt, tegen partij geen bewijs op, geldt dus alleen om dat gebrek van bijzondere volmagt, die bekentenis niet tegen haar. En nu ligt de afwijking door gemeld art. 263 gemaakt, juist daarin, dat waar de procureur de bekentenis zonder zoodanige volmagt heeft afgelegd, deze niet van zelve van onwaarde is, maar dat daartoe vereischt wordt de vervulling der aldaar voorgeschreven handelingen, die volkomen overbodig zouden zijn, indien naar 's wetgevers bedoeling, die bekentenis, ingevolge art. 1962, reeds van zelve van onwaarde was. Wat betreft de bekentenis door den advokaat afgelegd, merk ik op, dat ten zijnen opzigte zoodanige uitzondering niet is gemaakt, en deze, gelijk de Schr. der *Handl.* zelf opmerkt, ook niet voortvloeit uit zijne verhouding tot partij. Diens bekentenis zal dus naar den regel van art. 1962, niet tegen partij gelden, zonder dat eene verklaring van de partij of van haren procureur omtrent hare onjuistheid wordt vereischt.

a) Het geschrift, het bewijs dat eene bekentenis is afgelegd, is dan onderworpen aan de regelen van het schriftelijk bewijs. De bekentenis zelve echter en hare waarde moeten ook in dit geval beoordeeld worden naar de regelen omtrent bekentenis. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., bl. 118.

niet gehoord; maar het is uit de verklaringen der getuigen, dat hij daarmede, en bepaaldelijk ook met haren inhoud, moet bekend worden; en de beoordeeling der waarde en der kracht van getuigenissen wordt altijd overgelaten aan den regter, art. 1945.

TITEL VI.

VAN DEN GEREGTELIJKEN EED.

(Artt. 1966—1982. EERSTE GEDEELTE, § 1184—1196, bl. 284—286.)

Geschriften: ASSER, 615—617; VOORDUIN, V, 544—556; DIEPHUIS, IX, 256—303; OPZOOMER, III, 303—306; DIEPHUIS, *N. B. R.*, III, 136—209; VAN DEN BOSCH, aang. *Diss.* p. 67—77; VAN BELL, 124—144.

Algemeene bepalingen.

§ **1184.** 1°. Over den geregtelijken (beslissenden) eed zie eene verhandeling in *Ned. Jaarb.*, II, 369—455; III, 202—289, en P. POST UITERWEER, *Diss de jurej. decis.*, L. B. 1847.

§ **1185.** Voor de regtbank *a*).

En, zoo deze te ver, enz. Die opdragt kan geschieden òf aan eene andere regtbank, òf aan eenen kantonregter. Aan eene regtbank, indien hij, die den eed moet afleggen, buiten het regtsgebied der regtbank woont; aan eenen kantonregter, als zijne woonplaats binnen dat regtsgebied, doch te ver verwijderd is.

§ **1186.** Als de eed in het algemeen reeds een gevaarlijk middel is, waartoe men niet dan in den uitersten nood zijne toevlugt nemen moet, vooral kan men niet voorzigtig en spaarzaam genoeg zijn met de toelating dier eeden *per procuratorem*, waarbij men de grootste waarborgen die men in den eed door de partij zelve afgelegd vindt, doorgaans nog voor een zeer groot

---

a) Onder de uitdrukking regtbank, in art. 1981 meermalen voorkomende, zijn niet alleen te verstaan de arrondissements-regtbanken, maar ook de kantongeregten, de geregtshoven en de hooge raad.

gedeelte mist. Men moet ook vooral niet uit het oog verliezen, dat hier alleen sprake is van den eigenlijken geregtelijken eed; en van geenen anderen, bepaaldelijk van geene eeden van getuigen, en ook van geen ambts-eed, zoodat b. v. de eed bij art. 29 R. O. van de regterlijke ambtenaren gevorderd, niet bij gemagtigde kan worden afgelegd.

Beslissende eed.

§ **1187**. De opdragt en de aanneming van den beslissenden eed is eene soort van dading, waarbij de éêne partij die den eed opdraagt afziet van een regt, dat zij beweert te hebben, onder voorwaarde, dat de andere partij de ongegrondheid van dat regt zal bezweren; en waarbij deze laatste, indien zij den eed aanneemt, zich tot het doen van dien eed verpligt, onder voorwaarde, dat de andere zich daaraan zal gedragen: *jusjurandum speciem transactionis continet*, *l.* 2 *D. de jur.* De eed zelf, het gevolg, de uitvoering van die dading is het middel van bewijs van de bezworen zaak, vermits de wet den regter beveelt te gelooven en voor waarheid te houden dat wat, en omdat het gezworen is. — Zie voorts TOULLIER, X, 373, DELV., VI, 100; *Briefw.*, 235, 236; zie echter ook *Ned. Jaarb.*, XII, 641—658. Om die reden laat het zich dan ook zeer gemakkelijk begrijpen, dat de eed niet kan worden opgedragen omtrent geschillen, waarover men geene dading mag treffen. Maar minder duidelijk is het misschien, welke de geschillen zijn, waarin de bekentenis der partijen niet in aanmerking zou kunnen worden genomen. In den titel over bekentenis zal men die te vergeefs zoeken. Het antwoord der regering, toen deze vraag in de afdeelingen der tweede kamer gedaan werd, was, dat men daaronder verstond echtscheiding en andere twistgedingen, die den staat der personen betreffen. — Een voorbeeld van zulk een geschil kan men vinden in art. 810 W. van B. R., bepalende, dat in een geding over scheiding van goederen, de enkele bekentenis van den man niet geldt als bewijs. — Men moet echter de woorden ten einde de beslissing DER ZAAK daarvan te doen afhangen, niet zoo letterlijk opvatten,

dat de eed alleen dan kan worden toegelaten, als het geheele geding daarmede geeindigd zal zijn. Genoeg is het, dat daarmede een tusschen partijen betwist feit beslist wordt, dat op de beslissing der zaak van invloed is.

Nog eene andere vraag is het, of de beslissende eed kan worden opgedragen tegen den inhoud eener schriftelijke, zelfs notariële acte? Het antwoord is zeer zeker ja. Art. 1967 is algemeen, en het verbod van art. 1934 voor getuigenbewijs wordt nergens voor den eed aangetroffen. Anders echter *Nieuwe Bijdr.*, X, 236—248.

De woorden ten einde de beslissing der zaak daarvan te doen afhangen beletten ook niet, dat de eed subsidiair kan worden opgedragen, in het geval dat de regter de andere middelen tot bewijs van de vordering of van de verwering aangevoerd niet voldoende mogt achten. De wet verbiedt dit voor het overige nergens. Zie OUDEMAN en DIEPHUIS, *Meded. en Opm.*, VI, 228—233; MARCADÉ, *ad* art. 1360, n°. 3, en een arrest van den hoogen raad van 4 April 1873, *Weekbl.* n°. 3580.

Hij kan alleen enz. Wordt door deze bepaling de zoogenaamde wetenschaps-eed uitgesloten? Met andere woorden, moet de uitdrukking eene daadzaak, welke persoonlijk door hem zou zijn VERRIGT, in zoo strengen zin worden opgevat, dat men aan iemand niet zou kunnen opdragen den eed van iets al of niet te weten, b. v. aan den erfgenaam den eed, dat hij niet weet, dat door den erflater dit of dat verschuldigd was? Neen. De regel is, dat de beslissende eed kan worden opgedragen omtrent alle geschillen, waarin de wet dit niet uitdrukkelijk verbiedt; en zulk een verbod voor den wetenschaps-eed bestaat niet. Het tegenwoordige artikel spreekt daarover niet. Het handelt alleen over het *jusjurandum facti.* Het heeft geen ander doel dan om het *jusjurandum facti alieni* uit te sluiten. Zie meer hierover *Regtsg. Adv.* II, 113—116. Verg. ook POTHIER, *Tr. des Obl.*, 913.

§ **1189.** Die noch het ééne noch het andere doen wil, toont genoeg, dat hij zichzelven van zijn ongelijk bewust is: *manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum*

referre, l. 38 *D. de jur.* — ***Eum a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam. Alterum itaque eligat reus: aut solvat,*** AUT JURET, ***si non jurat, solvere cogendus erit. L.*** 34 § 6 *eod.*

§ **1190.** De procureur of de advokaat van de partij is daartoe dus zonder bijzondere volmagt onbevoegd. Die volmagt kan echter onderhandsch zijn; het woord authentiek, dat in art. 1977 van het wetboek van 1830 gelezen werd, is bij de herziening weggelaten.

§ **1191.** De opdragt van den beslissenden eed, gevolgd door aanneming, stelt eene dading en dus eene soort van overeenkomst, daar (zie boven, *ad* § 1187). Zoo lang de eed nog maar alleen is opgedragen of teruggewezen, is er nog geen ***duorum in idem placitum consensus***, en kan de opdragt of de terugwijzing worden teruggenomen; maar door de aanneming is de overeenkomst voldongen, en kàn dus de ééne partij, in weerwil van de andere, niet meer terugtreden, art. 1374.

Noch ook enz. Om dezelfde reden. De partij, die den eed heeft opgedragen of teruggewezen, heeft zich als bij overeenkomst verbonden, om zich naar het beweren harer tegenpartij te gedragen, mits deze den eed aflegge. De eed is gezworen; de voorwaarde vervuld, en bij gevolg de andere partij gehouden, aan hare verbindtenis te voldoen: ***dato jurejurando, non aliud quaeritur, quam an juratum sit, omissa quaestione an debeatur, quasi satis probatum sit jurejurando; l.*** 5, § 2 ***D. de jur.; l.*** 1 ***C. de reb. cred.*** En daarmede is volstrekt niet in strijd, dat art. 366 *C. P. a*) den valschen eed in burgerlijke zaken met straf bedreigt; want diezelfde overeenkomst, die tusschen de partijen kracht van wet heeft, kan aan derden niet worden tegengeworpen, artt. 1374, 1376. Die dading kan nimmer het openbaar ministerie verkorten in zijne regten, om het misdrijf in het belang der maatschappij te vervolgen, doch alleen in het belang der maatschappij. Want, al wordt ook hij die gezworen heeft schuldig verklaard aan meineed, de andere partij kan daaruit geen voordeel hoegenaamd trekken; zij kan noch

a) Art. 207 van het nieuwe Wetboek van Strafrecht.

terugvorderen hetgeen zij tengevolge van den eed betaald heeft, noch ten gevolge van den meineed op nieuw vorderen wat haar éénmaal ontzegd is. Voor het overige is wel door sommige schrijvers de bevoegdheid van het openbaar ministerie, om wegens meineed te vervolgen, in sommige opzigten beperkt, en bepaaldelijk beweerd, dat die vervolging niet zou ontvankelijk zijn, zonder schriftelijk bewijs, als het geschil loopt over eene hoogere som dan waarvoor bij den burgerlijken regter het bewijs door getuigen is toegelaten. Die leer echter is daarom ongegrond en onaannemelijk, omdat bij geene wet die onderscheiding gemaakt wordt, en omdat daarvoor ook inzonderheid hier volstrekt geene reden bestaan zou, juist vermits, hoe de strafzaak ook afloopt, in geen geval eene burgerlijke vordering te dier zake meer kan worden toegelaten, en alle vrees voor ontduiking van de bepalingen der wet over het getuigenbewijs onmogelijk wordt. Zie hierover meer in eene verhandeling bij FOELIX, *Rev.*, II, 2, 656 volg. *a*).

§ **1192.** De eed heeft tusschen de partijen zelfs meer kracht dan een vonnis: *majoremque habet auctoritatem quam res judicata*, *l.* 2 *D. de jur.* Van een vonnis kan men bij den hoogeren regter in beroep komen, van den eed niet.

§ **1193.** De schuldeischer kan wel beschikken bij wijze van dading over zijn eigen regt, maar niet over dat zijner medeschuldeischers. De borg daarentegen wordt bevrijdt door den eed van den hoofdschuldenaar. Door dien eed toch wordt de schuld vernietigd; en geen borgtocht is bestaanbaar zonder hoofdverbindtenis. Art. 1858.

Die door den hoofdschuldenaar afgelegd *b*).

Ambtshalve eed.

§ **1195.** 1°. Die noch, enz. In het algemeen wordt de beoordeeling dezer omstandigheden aan den regter overgelaten.

---

a) Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 4 Nov. 1878, *W.* n°. 4324.

b) Dat gevolg heeft de door den hoofdschuldenaar afgelegde eed echter alleen, wanneer deze het bestaan der schuld zelve betreft, en niet loopt over een feit, waaraan de hoofdschuldenaar een verdedigingsmiddel ontleent, dat slechts hem persoonlijk, maar niet de schuld betreft.

Als voorbeelden kan men geven, indien er een begin van schriftelijk bewijs wordt aangevoerd, indien de vermoedens in het geding aanwezig niet gewigtig genoeg zijn om die als volledig bewijs aan te nemen, enz. Daartoe behoort ook het geval, dat de vordering slechts is bewezen door de verklaring van één getuige, die in regten geen geloof verdient, zonder eenig ander middel van bewijs, art. 1942; doch, die aangevuld door den supplétoiren eed, dien de wet als middel van bewijs erkent, niet meer op zichzelven staat; terwijl omgekeerd de vordering door de verklaring van één getuige bewezen wel volgens de wet niet volledig bewezen, maar toch ook niet geheel van bewijs ontbloot is. De vraag aan wien de eed moet worden opgelegd, aan den eischer of aan den verweerder, wordt geheel overgelaten aan den regter, die daarbij onder anderen letten zal op de persoonlijke hoedanigheid der partijen, op hare zedelijkheid, en op hare meerdere of mindere geloofwaardigheid. Niettemin mag men met TOULLIER, X, 412—415, aannemen, dat de regter, *caeteris paribus*, het meest voorzigtig zal handelen, indien hij den eed opdraagt aan den verweerder. Daardoor kan zeker geen onregt geschieden. De eischer, die zijne vordering niet of niet volledig bewezen heeft, en die dus zou behooren te worden afgewezen, kan er zich zeker niet over beklagen, indien hem op deze wijze nog een kans gegeven wordt om zijne zaak te winnen. — De hooge raad beslistte bij arrest van 20 December 1861, bij VAN DEN HONERT, XXVI, 104—117, dat de bepaling van art. 1968 op den supplétoiren eed niet van toepassing is, omdat daarnaar hier niet wordt verwezen *a*). Met het oog op het cassatie-proces kan die beslissing juist zijn, in dien zin, dat art. 1968 niet kan zijn geschonden, wanneer de regter ambtshalve aan eene partij een eed oplegt omtrent een haar niet persoonlijk feit. Het ligt niettemin in den aard der zaak, dat in geen geval van iemand door den regter of door de partij een eed kan worden gevergd omtrent zaken die niet door haar maar door anderen zouden zijn verrigt.

---

a) In gelijken zin beslistte de hooge raad ook bij arrest van 15 Mei 1884, *W*. n°. 5036.

2°. Om dien eed op te leggen, moet de vordering zelve volkomen bewezen zijn; want eerst dan komt het bewijs van of de eed over de waarde te pas. Het schijnt voor het overige de bedoeling der wet niet geweest te zijn, het artikel te beperken tot de *rei vindicatio* of tot die gevallen, waarin eene bepaalde zaak wordt opgevorderd, en men mag het dus ook toepassen, indien er eene som gelds wordt gevorderd, hoezeer de eed, vroeger *jusjurandum in litem* genoemd, en waarover zie TOULLIER, X, 430—450, DELV., VI, 104, meer bepaald te pas komt in het eerste geval *a*).

De eischer *b*).

Tot welker beloop *c*).

§ **1196.** De reden van dit onderscheid is gelegen in het verschil, dat er bestaat tusschen de beide soorten van eed: de *décisoire* is vrijwillig en eene daad der partij zelve; de *supplétoire* of die door den regter opgelegd, is gedwongen. De regter kiest daartoe dengene, die hij oordeelt het meeste geloof en vertrouwen te verdienen, en de partijen moeten zich aan zijn bevel onderwerpen.

---

a) Dit kan zich voordoen in al die gevallen, waarin eene geldelijke vergoeding moet worden toegewezen, indien het bedrag daarvan op geene andere wijze kan worden bepaald, b. v. bij toekenning van vergoeding wegens geleden brandschade, waartegen men verzekerd was. DIEPHUIS, *N. B. R.*, t. a. p., 207.

b) Alleen aan dezen, niet aan den gedaagde kan die eed opgelegd worden.

c) De eischer behoeft niet juist die som te bezweren. Hij mag wel een lager, maar geen hooger bedrag bepalen.

TITEL VII.

VAN VERJARING.

(Artt. 1983—2030. EERSTE GEDEELTE, § 1197—1222, bl. 286—292.)

Geschriften: ASSER, 617—624; VOORDUIN, V, 556—583; DIEPHUIS, IX, 304—427; OPZOOMER, III, 306—327; DIEPHUIS, *N. B. R.*, II, 223—288; VI, 375—386, 428—473; LOKE, 183, 184; J. B. VAN DER VEN, *Diss. de praescr. sec. jus civ. nov. Neerl.*, L. B. 1838; R. T. H. P. L. A. VAN BONEVAL FAURE, *Diss. cont. obs ad tit.* VII, *libr.* IV *C. C.*, Gron. 1848.

Verjaring in het algemeen.

§ 1197. Er is inzonderheid tusschen de oude schrijvers veel getwist over de vraag, of de verjaring aan het natuurregt ontleend is of niet. Doch zeker is het, dat zij in alle burgerlijke wetten om meer dan ééne reden volstrekt noodzakelijk is, vooral ook in het belang der maatschappij en van de rust der ingezetenen. Zonder haar zou men niet éénen dag het rustig genot zijner eigendommen kunnen genieten; zonder haar zou men iederen dag kunnen gekweld worden door schuldvorderingen, die sedert lang niet meer bestaan, die men niet gekend heeft, en waartegen men zijne verdedigingsmiddelen niet meer naar behooren kan inbrengen. Zie meer over de gronden, waarop de verjaring berust, H. KRONENBERG, *Diss. de praescr. qua act. excl.*, L. B. 1834, p. 1—8. De titel over verjaring is grootendeels overgenomen uit den laatsten titel van den *C. N.* Men kan daarover, behalve POTHIER, *Tr. de la Prescr.*, met vrucht raadplegen DELV., VI, 105—155; DURANTON, XXII, 75—436; DALLOZ, *Rép.*, in voce *Prescr.*, en LAURENT, *Princip.*, XXXII.

Van meer practisch belang is, inzonderheid ook in de gevolgen, de vraag of de verjaring, en wel bepaaldelijk de *praescriptio exstinctiva*, is te beschouwen als een middel van schulddelging,

of als eene eenvoudige exceptie van procedure? Deze laatste meening wordt verdedigd in *Themis*, 1848, bl. 524—545. Doch wat zich voor die leer ook *in abstracto* en op wetenschappelijke gronden zeggen late, onder ons geschreven regt kan zij niet worden aangenomen. Zij is reeds moeijelijk overeen te brengen met de definitie van dit artikel; maar alle twijfel wordt weggenomen door de duidelijke bepaling van art. 1417.

Verjaring is voor het overige tweeledig, gelijk dan ook dit bij deze definitie aangeduid wordt, die namelijk, waardoor men door bezit den eigendom eener zaak verkrijgt, *praescriptio acquisitiva* of *usucapio*, en die, waardoor men van eene schuld bevrijd wordt, dat is de eigenlijke verjaring, *praescriptio*, *praescriptio exstinctiva*.

§ **1198**. Zoo lang de verjaring nog niet dáár is, is het regt op haar nog niet geboren. Dit geschiedt eerst door het verloop van den bepaalden tijd, art. 1983. Daarenboven berust de verjaring grootendeels op gronden van algemeen belang, waaraan het de partijen niet vrij moet staan bij hare overeenkomsten te dérogeren; te minder, daar de afstand van verjaring, indien zij geoorloofd was, al spoedig zou ontaarden in een gewoon formulier voor alle overeenkomsten.

Maar van eene verjaring wel, enz. Als het regt eenmaal verkregen is, heeft de maatschappij er geen belang meer bij, om den schuldenaar te noodzaken daarvan gebruik te maken. Het zou integendeel ten hoogste onzedelijk zijn iemand te beletten datgeen te doen, waartoe hij welligt *in foro conscientiae* zich verpligt acht.

Zelfs stilzwijgend. De stilzwijgende afstand kan b. v. worden afgeleid uit het vragen van een uitstel van betaling, dat niet alleen de erkentenis van schuld, maar ook het voornemen om die te voldoen, noodzakelijk insluit. De afstand kan ook geschieden door den staat, de provincie en de gemeente. Het artikel is algemeen, en er is geene wet, die dat verbiedt. De wet van 8 November 1815 (*Stbl.* n°. 51), stelt wel een korteren termijn (zie beneden *ad* § 1202), maar dérogeert overigens niet aan de gewone regelen over verjaring. Zie meer hierover *Bijdr.*

tot de kennis van het staats-, prov.- en gem.-bestuur in Ned., II, 252—271.

§ **1199.** Zie boven, *ad* § 789.

§ **1200.** En hieruit volgt, dat daar waar voor vervreemding magtiging of goedkeuring van geregtelijk gezag of de vervulling van eenige bijzondere formaliteiten gevorderd wordt, datzelfde ook moet worden in acht genomen bij den afstand van verjaring.

§ **1201.** Het middel van verjaring, bij gebreke van alle andere verdediging, is, ofschoon op de wet gegrond, echter een veelal voor minder kiesch gehouden middel om zich aan eene wettige verpligting te onttrekken, waartoe een eerlijk en naauwgezet mensch niet ligt zijne toevlugt neemt. Het is daarom niet ongewoon, dat men begint met zijne overige verdedigingsmiddelen voor te stellen, en dat der verjaring bewaart als een *ultimum refugium*, indien men in alle anderen is te kort geschoten. En hieruit volgt dan ook ongetwijfeld, dat uit eene verdediging ten principale geen stilzwijgende afstand van de verjaring kan worden afgeleid.

De regter, enz. Dit is een natuurlijk gevolg van het vermogen om van de verjaring uitdrukkelijk of stilzwijgend afstand te doen. Anders is het in strafzaken, waar de regter niet alleen, maar zelfs het openbaar ministerie op de verjaring moet acht geven, al ware het dat zij door den beschuldigde of den beklaagde niet wierd ingeroepen. Art. 464 W. van Strafv., en *Handl. tot het Wetb. van Strafv.*, 2e druk, *Aant. ad* § 312. En dat dit verbod volstrekt niet in strijd is met de bepaling van art. 48 W. van B. R., dat den regter alleen bevoegd maakt, om regtsgronden, niet om regts-middelen of exceptiën aan te vullen, is zeer juist beslist bij een arrest van den hoogen raad van 19 December 1839, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, I, 67—78. Zie ook *Handl. tot het Wetb. van B. R.*, *Aant. ad* § 52.

§ **1202.** Alleen wordt voor de vorderingen tegen het rijk een kortere termijn bepaald bij de wet van 8 November 1815 (*Stbl.* nº. 51), die bij art. 125 Prw. op de provincie en bij art. 228 Gemw. op de gemeente toepasselijk is verklaard. Voor het overige gelden de regelen van het gemeene regt.

§ 1203. Bij voorb. voor iemand, die des voormiddags ten één uur van 1 Mei 1858 te goeder trouw en uit krachte van eenen wettigen titel (art. 2000) een onroerend goed *a non domino* verkregen heeft, is die verjaring niet vervuld dan op 1 Mei 1878, te middernacht.

Verjaring als middel om iets te verkrijgen.

§ 1204. Deze verjaring heeft voornamelijk tot doel, om de ingezetenen het rustig genot hunner eigendommen te waarborgen. *L. 1 D. de usurp. et usuc., Pr. I. de usuc.*

Zaken, die buiten den handel zijn. Zie boven, *ad* § 353.

§ 1205. 1°. Het onderscheid tusschen de *usucapio inter praesentes et inter absentes*, van het Romeinsche en het Fransche regt (*Pr. I. de usuc., l. un. C. de transf. usuc.*, art. 2265 *C. N.*), met betrekking tot den tijd, is bij ons afgeschaft. Het was gegrond op de reden, dat de ware eigenaar, die op de plaats zelve tegenwoordig was, gemakkelijker kennis kon bekomen van de tegen hem loopende verjaring, dan hij die daarvan verder verwijderd is.

2°. *a.* De verjaring wordt gestuit, indien de bezitter gedurende meer dan één jaar van het genot der zaak beroofd is, art. 2015.

Doch de tegenwoordige, enz. Dit bewijs vloeit voort uit het gebruik van de zaak of uit de gepleegde daden van eigendom, als het verhuren, verpachten, enz. van het goed. Het kan geleverd worden zelfs door getuigen, want het is dikwijls uit den aard der zaak niet mogelijk van dat bezit een schriftelijk bewijs te toonen, art. 1940.

Die bewijst van ouds bezeten te hebben *a*).

c. De eigenaar moet van het bezit kennis hebben kunnen dragen. Daarom kunnen b. v. niet-voortdurende en niet-zigtbare erfdienstbaarheden niet bezeten, en dus ook niet door verjaring verkregen worden, art. 593; zie boven, *ad* § 353.

---

a) Om zich op deze bepaling te kunnen beroepen, moet hij derhalve bewijzen, dat hij de zaak vroeger bezeten heeft en dat hij haar thans bezit. Dat bewijs ontheft hem dan van de verpligting om te bewijzen, dat het bezit gedurende den tusschentijd voortdurend bij hem verbleven is.

d. Dat is, het moet zeker zijn, dat de bezitter voor zichzelven en niet voor een ander bezitte, art. 1996 (*non équivoque*).

3°. Zie boven, *ad* § 356.

Hetzij door hunne tegenspraak, enz. Bij voorb. de huurder van een huis wordt door den verhuurder tot ontruiming aangesproken; hij weigert dit op grond, dat hij eigenaar van het huis is. Nu moet één van beiden gebeuren, òf de verhuurder zet de zaak in regten voort, en dan zal de regter beslissen, wie eigenaar is; òf hij staakt alle verdere vervolgingen, en dan wordt hij geacht het regt van den huurder te hebben toegegeven, en de verjaring begint tegen hem te loopen.

Doch wanneer zij, enz. De reden van dit onderscheid tusschen de erfgenamen en de andere verkrijgers is duidelijk. De eersten volgen hunnen erflater op in alle diens regten en verpligtingen, artt. 597, 880 *a*). De tweeden, die de zaak te goeder trouw verkregen hebben ten gevolge van eenen wettigen titel, vereenigen daardoor alles wat tot verjaring vereischt wordt, art. 2000; zij konden niet weten, dat hij, die hun de zaak overdroeg, geen eigenaar was *b*).

4°. Doch het is voldoende, enz. — *Mala fides superveniens non nocet. L.* 48, § 1 *D. de A. R. D.*, *l. un. C. de transf. usuc.*

5°. Die te goeder trouw, enz. Er bestaat eene schijnbare tegenstrijdigheid tusschen de bepaling van art. 2000 en die van art. 2004. Het eerste artikel zegt, dat men door bezit te kwader trouw, ook van dertig jaren, geen eigenaar wordt; het tweede daarentegen wil, dat door dertig jaren alle zakelijke regtsvorderingen verjaren, zonder dat men hem, die zich op de verjaring beroept, eenige exceptie uit zijne kwade trouw ontleend kunne tegenwerpen. — Men stelle, dat iemand,

---

a) Zij volgen, ingevolge art. 597, hunnen erflater op in het bezit dat deze had, met alle de hoedanigheden en gebreken daarvan. Waar de erflater dus de zaak niet als de zijne, of wel te kwader trouw bezat, verkrijgen ook de erfgenamen geen bezit, dat tot eigendomsverkrijging kan leiden.

b) Hebben zij daarentegen de zaak te kwader trouw verkregen, dan hebben zij geen bezit voor verjaring vatbaar.

die langer dan dertig jaren te kwader trouw bezit, door den waren eigenaar wordt aangesproken. Nu is het, naar art. 2004, wel zeker, dat de bezitter zich op de verjaring kan beroepen, en alzoo in het bezit van het goed blijven, zonder dat de eigenaar hem zijne kwade trouw kunne tegenwerpen. Maar wat beteekent dan art. 2000, dat zegt, dat de bezitter geen eigenaar is? — Daaruit toch zou moeten volgen, dat de oorspronkelijke eigenaar eigenaar gebleven is, en dus zijn eigendom kan terugvorderen. Er is één middel, om de zwarigheid op te lossen, en dat bestaat hierin, dat men aanneme, dat wanneer de eigenaar in het bezit van het goed geraakt is, alsdan de bezitter te kwader trouw, omdat hij geenen eigendom heeft verkregen, het niet kan *revindiceren;* maar dat zoolang de bezitter het onder zich heeft, de eigenaar aan diens kwade trouw geen regt ontleent tot terugvordering; dat de bezitter dus wel is *exceptione tutus*, maar dat hij geene actie, geene *rei vindicatio* heeft.

§ **1206.** Zie boven, *ad* § 356.

§ **1207.** De aard der roerende goederen maakt deze uitzondering noodzakelijk. Zij worden gewoonlijk van hand tot hand overgegeven, zonder dat men daarvan schriftelijke akten opmaakt, of veel minder nog aanteekening op openbare registers kan houden. De handel daarin zou zonder deze bepaling onmogelijk gemaakt worden, want niemand zou zich meer eene roerende zaak van eenige waarde willen aanschaffen, indien hij ieder oogenblik aan het gevaar van uitwinning blootgesteld was. De regel: *en fait de meubles possession vaut titre*, overgenomen uit art. 2279 *C. N.*, is echter alleen dan van toepassing, indien men eene roerende zaak voor zich-zelven als eigenaar bezit. De bewaarnemer, de bruikleener, enz. kunnen zich daarop niet beroepen, want zij bezitten voor een ander. Zij hebben dus geen b e z i t in den regtskundigen zin, art. 585. Zie GERTSEN, aang. *Diss. de jur. poss.*, 8, 9. Zie ook DIEPHUIS, III, 122. Hetzelfde moet gezegd worden van den pandhouder. Ook deze bezit niet *pro domino*. Zie hierover o. a. *Advies over de revindicatie des eigenaars eener verduisterde roerende zaak tegen den pandhouder*, Leiden 1874. Vooral echter verdient over dit artikel nog gelezen te worden *Themis*,

1840, bl. 473—496, en het *Tijdschrift Regt en Wet*, IX, 496—518, en X, 59—74 *a*).

Eene andere leer wordt niettemin verdedigd door PHILIPS, *Diss. de dom. rei mob.*, L. B. 1847, die leert, dat het enkel feitelijk bezit eener roerende zaak geldt als titel van eigendom, dat bij gevolg iedere vrijwillige overgifte zijner zaak, met welk doel en onder welken titel ook, den eigendom daarvan doet verloren gaan, zoodat b. v. de bewaarnemer, de leener enz. eigenaars worden van de bewaarde of in bruikleen gegeven zaak, niettegenstaande de artt. 1731, 1751, 1777, 1778 met zoo vele woorden het tegendeel zeggen. Men ziet derhalve, dat men met deze uitlegging, die alleen gegrond schijnt op eene veel te letterlijke opvatting van dit artikel, de wet op eene zonderlinge wijze in strijd brengt met zich-zelve, en dat daarbij zeker niet wordt in het oog gehouden de regel der *l.* 24 *D. de legib.: incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua ejus particula perspecta, judicare, vel respondere.* Maar daarenboven het artikel leert ook volstrekt die ongerijmdheid niet, indien men maar niet verwart het burgerlijk en het natuurlijk bezit, den bezitter en den blooten houder. Het artikel komt voor in den titel van verjaring; het spreekt van bezit, en nog wel van bezit tot verjaring geschikt. Men mag dus zeker wel aannemen, dat het, gelijk overal in de wet, indien het tegendeel niet gezegd wordt, onder bezit alleen verstaat dat bezit, dat de wet voor bezit houdt, dat is het bezit van art. 585, het burgerlijk bezit, het bezit *pro domino*, het bezit van hem. die bezit voor zich-zelven, *animo sibi habendi.* Dit bezit nu heeft hij, die als leener, als bewaarnemer, of onder welken titel ook, bezit voor een ander, niet, en hij kan dus door dat bezit nooit eigenaar worden. Art. 1996 zegt het uitdrukkelijk, en de artt. 1998 en 2000 zeggen niet minder uitdrukkelijk, dat verjaring dan ook alleen kan worden ingeroepen door hem, die bezit uit krachte van eenen titel, tot eigendoms-overdragt geschikt. De bezitter eindelijk kan voor zich-

---

a) Over het bezit van den pandhouder, ingevolge art. 1198, zooals het is gewijzigd bij de wet van 8 Julij 1874 (*Stbl.* N°. 95), zie hierboven *ad* § 687.

zelven de oorzaak en het beginsel van zijn bezit niet veranderen, art. 592. Bij gevolg kan hij die aanving voor een ander, voor den eigenaar, te bezitten, niet later het burgerlijk bezit voor zich-zelven verkrijgen, dan alleen in de gevallen van art. 1997. De eenvoudige, natuurlijke, maar ook de duidelijke zin van het artikel is deze, dat waar het roerende zaken geldt, enkel burgerlijk bezit genoegzaam is, om eigendom te verkrijgen, hoe kort ook de duur van dat bezit zij, en onverschillig of de vereischten anders voor verjaring gevorderd (artt. 1992, 1993) al of niet aanwezig zijn *a*).

Verloren *b*).

Ontstolen *c*).

Verjaring als middel om van eene verpligting bevrijd te worden.

§ **1208.** Zie boven, *ad* § 1205, 5°. Deze verjaring is voor een gedeelte gegrond op de vooronderstelling van betaling of kwijtschelding; deze is echter niet hare eenige reden, want de schuldenaar kan zich op haar beroepen, al is het zeker, dat hij schuldig is en niet betaald heeft. Zij is tevens eene straf voor hem, die zulk eenen langen tijd heeft laten verloopen zonder be-

---

a) Nog eene derde leer zij hier vermeld, die gehuldigd wordt door OPZOOMER, in zijne Aanteekening ad art. 2014. Volgens dien Schr. heeft hij die een roerend goed onder zich heeft, op welken grond en op welke wijze ook, en dus ook de bloote houder, een titel, niet om zich als eigenaar te beschouwen, maar om de revindicatie van dat goed, even krachtig als ware hij eigenaar, af te slaan.

b) Het woord verloren omvat niet alle gevallen, waarin de eigenaar tegen zijn wil buiten het bezit der zaak geraakt. Daaronder is alleen te verstaan het zoek en daardoor, tijdelijk of voortdurend, buiten beheer van wien dan ook, raken eener zaak. Aldus beslistte de hooge raad bij arrest van 29 Junij 1883, R., d. CXXXIV, § 37. Dit arrest is bestreden door Mr. S. GRATAMA BZN., in het *Rechtsgeleerd Magazijn*, jg. 1884, bl. 421—460.

c) Daarvan kan geen sprake zijn, wanneer hij die zich de zaak heeft toegeeigend, zonder arglist heeft gehandeld.

Ingevolge art. 9 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93), zal na de invoering van het nieuwe strafwetboek, de vorige bezitter zijne zaak kunnen terugvorderen, niet alleen wanneer zij hem, door middel van diefstal (vgl. art. 310 van het strafwetboek), ontnomen is, maar ook wanneer hij ten gevolge van eenig ander misdrijf het kenmerk van diefstal bevattende, zooals strooperij, afpersing, zeeroof, ontvreemding door een ambtenaar gepleegd, uit het bezit daarvan is gesteld. Zie mem. v. toel. op art. 10 van het betrekkelijk wetsontwerp (Zitting 1882—1883—152—4).

taling te vragen, en strekt ook voornamelijk om processen te voorkomen, die door het lange tijdsverloop bijna niet meer te beslissen zouden zijn *a*).

§ **1209.** De kortere verjaringen zijn daarentegen grootendeels op het vermoeden van betaling gegrond, deels omdat zij gelden voor zoodanige schulden, waarvan men niet gewoon is de betaling langer uit te stellen, deels omdat men meestal van sommigen daarvan geene schriftelijke kwijtingen neemt. Van dáár dat aan hem, die zich op die kortere verjaringen beroept, de eed kan worden opgelegd, dat de schuld werkelijk gekweten is, art. 2010.

§ **1210.** 5°. Art. 2273 *C. N.* had alleen de verdiensten der procureurs, niet die der advokaten aan eene kortere verjaring onderworpen; de vorderingen van laatstgenoemden duurden dus dertig jaren. Zie DELV., VI, 124. Ons artikel spreekt alleen van de verdiensten der advokaten, van het loon daarentegen en van de verschotten der procureurs. Volgt daaruit, dat de vordering van den advokaat voor gedane uitschotten, onderworpen is aan de gewone verjaring van dertig jaren van art. 2004? Wil men het artikel letterlijk opvatten, ja. De bedoeling zal het echter wel niet geweest zijn, want men kan daarvoor geene reden gehad hebben. Advokaten hebben in den regel geene of weinige uitschotten, en men heeft daarom waarschijnlijk alleen gesproken van verdiensten als *de eo quod plerumque fit.*

§ **1211.** 2°. Kooplieden hebben andere middelen om hunne betalingen te bewijzen in hunne boeken. Doch dit kan alleen gelden van die kooplieden, die denzelfden handel drijven. Men heeft daarom de kortere verjaring uitgestrekt tot kooplieden, die denzelfden handel niet drijven, met afwijking van art. 2272 *C. N.*

3°. Regters. Wat men hierbij gedacht heeft, is niet zeer duidelijk. Regters hebben niet of ten minste zeer zeldzaam stuk-

a) De verjaring tevens te beschouwen als eene straf voor hem die gedurende zekeren tijd geen gebruik heeft gemaakt van zijn regt, acht ik minder juist. Hij die eenig regt heeft, is wel bevoegd maar niet verpligt daarvan gebruik te maken. Er bestaat dus ook geen grond om waar hij zulks nalaat, hem daarvoor te straffen. Het eenige doel der verjaring is bevordering der regtszekerheid; hare regtvaardiging slechts vindt zij in het stilzitten van hem, die gedurende zekeren geruimen tijd de bevoegdheid tot uitoefening van zijn regt heeft ongebruikt gelaten.

ken van de procederende partijen onder hunne bewaring. Gewoonlijk zijn dat de griffiers. Waarschijnlijk zal men dezen wel bedoeld hebben. De wet noemt hen echter niet; en het is dus voor het minst zeer bedenkelijk of zij zich op deze verjaring zouden kunnen beroepen.

7°, 8°. De actie tot betaling der coupons of rente-bewijzen van de certificaten der nationale schuld verjaart met 5 jaren. Want, zoo hier al geene sprake is van interessen van geleende geldsommen, omdat de certificaat-houder in den eigenlijken zin van het woord zijn geld niet leent aan het administratie-kantoor, dit neemt niet weg dat dat kantoor zijn schuldenaar is vóor het bedrag der coupons, derhalve is zijn schuldenaar van die renten, d. i. van eene periodieke uitkeering, betaalbaar op korteren dan jaarlijksche termijnen Zie meer hierover *Weekbl.* n°. 1798.

§ **1212.** 1°. De schuldbekentenis stelt eene soort van schuldvernieuwing daar, art. 1449 *a*).

§ **1213.** Zie boven, *ad* § 1209.

Stuiting.

§ **1214.** Men noemt de stuiting onder n°. 1, de natuurlijke, die onder n°. 2 en 3, de burgerlijke stuiting. Artt. 2242—2244, 2248 *C. N.* Delv., VI, 119 *b*).

1°. Zie boven, *ad* § 358.

2°. Dat door eene sommatie of aanmaning in geen geval

a) Dit is alleen dan het geval, als de schuldbekentenis is opgemaakt ten einde de daaruit voortvloeijende verbindtenis in de plaats te stellen van de oude vordering en laatstbedoelde te vernietigen. De korte verjaring schijnt mij veeleer daarom op te houden te loopen, omdat het opmaken eener schuldbekentenis het vermoeden van betaling, waarop de korte verjaring berust, doet vervallen.

b) Tusschen schorsing en stuiting bestaat een groot onderscheid. Schorsing is denkbaar, zoowel wanneer de verjaring nog niet, als wanneer zij wel reeds is aangevangen. In het eerste geval kan de verjaring eerst aanvangen, nadat de oorzaak der schorsing heeft opgehouden te bestaan, doordien b. v. de minderjarige meerderjarig is geworden. In het tweede zet zij na dien tijd haren loop weder voort, en voor hare voltooijing mag alsdan de tijd gedurende welken zij vroeger geloopen heeft, in rekening worden gebragt. Van stuiting daarentegen kan slechts sprake zijn, als de verjaring reeds is begonnen. De vroegere loop wordt dan te niet gedaan, en wanneer de verjaring daarna weder aanvangt, mag de tijd gedurende welken zij vooraf geloopen heeft, niet in rekening worden gebragt.

stoornis in het bezit gepleegd wordt, zagen wij boven *ad* § 364. De dagvaarding, al is de gedaagde geroepen voor een onbevoegden regter, bestaat niettemin, en is op zichzelven van waarde en kracht *a*). Voor het overige behoort het tot de vereischten, om door bezit tot verjaring te komen, dat dit bezit geweest zij ongestoord; en dit houdt het op te zijn, in zekeren zin, na de sommatie of dagvaarding, waarbij dit bezit wordt betwist, al stelt deze ook geene feitelijke stoornis daar: *non potest is intelligi possessor, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, et causa in judicium deducta, super jure possessionis vacillet ac dubitet. L.* 10 *C. de acq. et ret. poss.*

§ 1215. 1°. In beide gevallen is het alsof de dagvaarding niet gedaan was: *quod nullum est, nullum producit effectum.*

2°. Want door dien afstand wordt alles over en weder teruggebragt in denzelfden staat, als waarin de zaak vóór de dagvaarding was. Zie artt. 277, 278 W. van B. R.

4°. Dit heeft plaats, als de zaak binnen drie jaren niet is voortgezet. Men noemt het *peremtie*, of verval van de instantie. Art. 279 W. van B. R.

§ 1216. Ieder hoofdelijke schuldenaar was voor de geheele schuld gehouden, art. 1316; hij blijft dit dus nadat de verjaring gestuit is te zijnen opzigte. Maar dan is het ook billijk, dat hij zijn verhaal behoudt op zijne mede-schuldenaren, art. 1329.

§ 1217. De accessoire verbindtenis volgt het lot van de principale. Is dus deze laatste niet verjaard, dan blijft ook de eerste bestaan.

Schorsing.

§ 1220. 1°. Zie boven *ad* § 288. De minderjarigen kunnen den loop der verjaring niet stuiten door eene regtsvordering: *contra agere non valentem, non currit praescriptio.*

---

a) De inconsequentie die MARCADÉ, ad art. 2248 *C. N.*, en GOUDSMIT, *Pand.*, d. 1, bl. 253, noot 2, er in gelegen achten, dat de verjaring wel wordt gestuit door eene dagvaarding voor een onbevoegden regter, niet door eene dagvaarding die nietig wordt verklaard, zie ik niet in. In het eerste geval moge de eischer niet ontvankelijk verklaard worden in zijn eisch, de dagvaarding verliest daardoor haar regtsgeldig bestaan niet; in het tweede geval moet de dagvaarding regtens geacht worden nooit te hebben bestaan. Zie hierboven § 1215, 1°.

2°. Men heeft processen tusschen echtgenooten, ter bevordering van huisselijk geluk en rust, willen voorkomen.

3°. *a.* Bij voorb. na een vonnis van echtscheiding of van scheiding van tafel en bed.

7°. De erfgenaam die in het bezit der goederen gebleven is, kan het overtollig geacht hebben, gedurende dit bezit zijne regtsvordering in te stellen. Zie ook *l.* 7, § 5 *C. de praescr.* 30 *vel* 40 *annor.*

Algemeene bepaling.

§ **1222.** De bepaling van dit artikel is eigenlijk van transitoiren aard, en zou als zoodanig misschien beter te huis behoord hebben in de transitoire wet. De reden waarom zij hier voorkomt, is omdat eene gelijksoortige bepaling geplaatst is in art. 465 W. van Strafv. Zie J. VAN DEN HONERT, *de Wet op den Overgang*, enz., bl. 76, en VOORDUIN, I, 2, 275, 276. Als reden voorts, waarom beide bepalingen in het B. W. en in dat van Strafv., en niet in de transitoire wet, zijn opgenomen, gaf de regering: »dat men het veiliger had beschouwd, om, op het voetspoor van het Fransche regt, die verordeningen, als tot het geheel stelsel der verjaring behoorende, daarvan niet af te scheiden." Zie ook VOORDUIN, V, 583. — Zou men niet met even veel regt hetzelfde kunnen zeggen omtrent alle transitoire wetsbepalingen?

De hooge raad beslistte bij twee arresten van 21 November 1856 en van 1 December 1860, bij VAN DEN HONERT, Afd. *B. R.*, XXI, 107—117, en XXIV, 454—470, dat de bepaling van dit artikel niet alleen van toepassing is op den duur der verjaring, maar op het geheele middel, bepaaldelijk ook op de wijze van stuiting. Die beslissing laat zich verdedigen door de algemeenheid van het artikel, dat niet zegt: de termijn der verjaring, maar: »DE verjaringen worden geregeld." Moeijelijk echter laat zich met die leer overeenbrengen en minder juist is dan ook een beginsel aangenomen bij twee andere arresten van 5 Junij 1868 en 25 Februarij 1869, *eod.* XXXII, 432—445, XXXIII, 322—339, dat de vraag of de verjaring al of

niet is toegelaten tegen zekere actie, moet worden beoordeeld naar de nieuwe wet.

Eene andere vraag zou het kunnen zijn, welke wet, in geval van verandering van woonplaats van den schuldenaar, de verjaring moet regelen; die der plaats waar de overeenkomst gesloten of de verbindtenis aangegaan is, of wel die van het land, waar de schuldenaar zich later met der woon gevestigd heeft. Hoezeer de wet zich daarover niet uitdrukkelijk heeft uitgelaten, mag men echter aannemen, dat eene gelijke *ratio legis* ook hier eene gelijke beslissing moet ten gevolge hebben. De reden, waarom, in geval van veranderde wetgeving, de oude wet de verjaring blijft regelen, bestaat hierin, dat men begrepen heeft, dat de partijen daarop bij het aangaan der verbindtenis reeds dadelijk eene soort van verkregen regt hadden. Diezelfde reden bestaat ook in het voorgestelde geval, en men mag dus uit de analogie van dit artikel reeds besluiten, dat niet de wet van het nieuwe vaderland, maar die waaronder de verbindtenis is aangegaan, de verbindtenis regelt. De algemeene regtsbeginselen brengen ook deze beslissing mede. In het algemeen toch worden alle gevolgen van overeenkomsten en verbindtenissen, en bij gevolg ook de wijzen, waarop zij te niet gaan, geregeerd door de wet, die van kracht is ten tijde en ter plaatse, wanneer en waar die verbindtenissen zijn aangegaan; en tot de wijzen, waarop eene verbindtenis te niet gaat, behoort ook de verjaring (art. 1417). Verg. voorts TROPLONG, *de la Presc.*, n°. 37, en vooral MERLIN, *Rép.*, in voce *Prescription*, sect. I, § 4, n°. 7, 8. Zie echter over dit laatste *Themis*, 1848, bl. 525—545, waar beweerd wordt, dat door de verjaring slechts de actie, niet de verbindtenis te niet gaat, op gronden echter die minder juist schijnen. Zie boven, *ad* § 1197 *a*).

---

a) Bij arrest van den hoogen raad van 2 April 1874, *W.* n°. 3710, is beslist, dat voor de verjaring de wet geldt van het land, waar de aangesprokene woont.

BIJLAGEN.

BIJLAGEN.

I.

AANVULLINGEN.

1e Ged., bl. 32, noot *a*.

Nog zijn bij de wetten van 26 en 27 April 1884 (*Stbl.* nrs. 93 en 96) eenige wijzigingen in het burgerlijk wetboek gebragt.

1e Ged., bl. 98 en 99, § 309.

De artt. 509 en 510 zijn ingetrokken bij art. 43 der wet van 27 April 1884 (*Stbl.* no. 96) en vervangen door de bepalingen van § 3 dier wet. (1)

2e Ged., bl. 29, noot *a*.

Zeer uitvoerig verdedigt OPZOOMER de reeds vroeger door hem verkondigde leer, in den 4en druk zijner *Aanteek. op de wet houdende algemeene bepalingen* enz., *ad* art. 11.

2e Ged., bl. 43, § 4, 2o.

De bij art. 75 *C. P.* bedreigde doodstraf is bij de wet van 17 Sept. 1870 (*Stbl.* no. 162) vervangen door tuchthuisstraf van vijf tot twintig jaren.

2e Ged., bl. 54, noot *a*.

De door de staatscommissie voorgestelde bepaling is niet overgenomen in het regeeringsontwerp houdende *bepalingen regelende*

(1) Van deze wet kon geen melding worden gemaakt in den titel handelende over de curatele, omdat zij eerst na het afdrukken van dien titel is tot stand gekomen.

het in werking treden van het wetboek van strafrecht enz. (1). In de toelichting op art. 13 eerste lid van dit ontwerp wordt daarvoor als reden aangevoerd, dat er geen voldoende grond is om de door de staatscommissie wenschelijk geachte verandering in de wijze van beregting, bij gelegenheid van de invoering van het strafwetboek voor te stellen.

2° Ged., bl. 56, § 17.

Krachtens art. 2 der wet van 9 Nov. 1875 (*Stbl.* n°. 201), kunnen aangiften van geboorte bij de consulaire ambtenaren bevoegd tot het opmaken van akten van den burgerlijken stand, binnen dertig dagen na de bevalling gedaan worden.

2° Ged., bl. 84, noot *b*.

Art. 1 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93) verklaart art. 116, 5° B. W. vervallen. Het gevolg daarvan is, dat na de invoering van het nieuwe strafwetboek (zie art. 17 der gemelde wet), noch eene veroordeeling tot straf, noch eene hangende strafvervolging grond zal kunnen opleveren tot stuiting van een voorgenomen huwelijk. Eene veroordeeling tot onteerende straf vóór de invoering van het strafwetboek uitgesproken niet omdat het, nu eenmaal de onteerende straffen zijn afgekeurd, eene inconsequentie zoude zijn, aan dergelijke veroordeelingen als *zoodanig* nog burgerlijk-regtelijke gevolgen te verbinden; eene veroordeeling tot straf krachtens het nieuwe strafwetboek uitgesproken niet, omdat zulks in strijd zou zijn met het stelsel gehuldigd in dat strafwetboek, volgens hetwelk aan geen enkele veroordeeling eenig ander burgerlijk-regtelijk gevolg als straf kan worden verbonden dan uitdrukkelijk door die wet wordt bepaald, en dan nog slechts gedurende het door den regter te bepalen tijdsverloop. Eene hangende strafvervolging niet, omdat het doel waarmede art. 116, 5° ter zake van zoodanige vervolging de bevoegdheid tot stuiting toekent, n.l. het verhinderen van huwelijken, die later door echtscheiding zouden kunnen worden ontbonden, door

(1) Zitting 1883—1884—**220**.

de invoering van het nieuwe strafwetboek grootendeels vervalt. Bij de groote vrijheid toch die het strafwetboek den regter ten opzigte van den duur der op te leggen straf toekent, zal het vooraf volkomen onzeker zijn, of bij eventuele veroordeeling, eene straf van zoodanigen duur zal worden opgelegd, als volgens het bij art. 2 der genoemde wet van 1884 gewijzigde art. 264, 3°, voor echtscheiding zal worden vereischt. Zie de *mem. v. beantw.* tot het betrekkelijk wetsontwerp, *ad* art. 1 (zitting 1883—1884—54—n°. 5).

2e Ged., bl. 129, titel IX.

Het werk van Mr. L. ZEGERS VEECKENS, *Over de bevoordeeling bij tweede en verdere huwelijken*, is beoordeeld door Mr. THEOD. BORRET, in *Themis*, jg. 1884, bl. 585 vlg.

2e Ged., bl. 140, noot *a*.

Bij eene wet van 27 Julij 1884 (*Bulletin des Lois*, n°. 859), is in Frankrijk de wet van 8 Mei 1816 afgeschaft en de echtscheiding weder ingevoerd.

2e Ged., bl. 146, noot *a*.

Ingevolge art. 2 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93), zal na het in werking treden van het nieuwe strafwetboek, veroordeeling wegens misdrijf tot eene vrijheidsstraf van vier jaren of daarboven grond opleveren tot echtscheiding.

2e Ged., bl. 146, noot *b*.

Bij de behandeling in de Tweede Kamer der Staten-Generaal van gemeld wetsontwerp is art. 3 verworpen. Na de invoering van het nieuwe strafwetboek zal derhalve eene veroordeeling tot eene vrijheidsstraf van vier jaren of langer grond opleveren tot echtscheiding, ook dan wanneer van de opgelegde straf algeheele gratie is verleend. Als grond voor dit laatste voerde destijds de heer KIST aan: »Niet de feitelijke afwezigheid kan een grond tot echtscheiding opleveren, maar die moet gevonden worden in de zwaarte en in den ernst van het gepleegde misdrijf, zooals die blijken uit de mate van de opgelegde straf.

Door dat ernstige karakter van het misdrijf wordt de noodzakelijke achting in het huwelijk ondermijnd en dit kan geschieden in die mate dat de huwelijksband onverdragelijk wordt" (1). Of die grond de genomen beslissing regtvaardigt, betwijfel ik. De hoegrootheid der op te leggen straf behoort zich niet alleen te rigten naar de subjectieve zijde van het misdrijf, de mate van zedelijke verdorvenheid die zich daarin openbaart, maar ook naar de objectieve zijde, de mate waarin door het misdrijf het maatschappelijk belang is gekrenkt. En wie zal de noodzakelijke achting in het huwelijk meer ondermijnen, de vader die zijn kind aan eene troep rondreizende kunstenaars afstaat, alleen om zich van de zorg voor dat kind te ontslaan, en daardoor diens ligchamelijke en zedelijke toekomst vernietigt, en die ingevolge art. 253 strafwetb., tot niet meer dan drie jaren gevangenisstraf kan worden veroordeeld, dan wel hij die om eene ernstige beleediging zijner echtgenoote aangedaan, den beleediger tot een eerlijk duel uitdaagt, met het noodlottig gevolg dat hij dezen zonder opzet eene doodelijke wonde toebrengt, ten gevolge waarvan hij krachtens art. 154 strafwetb., tot eene gevangenisstraf van vier jaren wordt veroordeeld? Toch zal ingevolge art. 264, 3° B. W., zooals het zal luiden na de invoering van het strafwetboek, de echtscheiding in het eerste geval niet, in het tweede wel gevorderd kunnen worden. Had de wetgever de ondermijning van de noodzakelijke achting in het huwelijk als grond willen aannemen voor de echtscheiding, hij had die niet uitsluitend afhankelijk moeten stellen van de mate der opgelegde straf. Evenmin acht ik afdoende de destijds door den heer VAN HOUTEN aangevoerde grond, dat: »bij de uitoefening van het recht van gratie nimmer de rechten van derden mogen betrokken zijn, terwijl volgens het voorgesteld artikel het recht van gratie het recht van den anderen echtgenoot, die met de geheele misdaad niets te maken heeft, zou opheffen" (2). Die beschouwing berust m. i. op eene miskenning van het verband tusschen de destijds door de Regering

(1) *Handel.* 1883—1884—II—bl. 1009.
(2) T. a. p., bl. 1010.

voorgestelde artt. 2 en 3 van het gewijzigd ontwerp. Bij art. 2 werd het regt om echtscheiding te vorderen niet onherroepelijk toegekend, om het daarna bij art. 3, in het daar gestelde geval, weder te ontnemen, maar uit beide artikelen, in hun onderling verband beschouwd, volgt dat men het regt alleen wilde toekennen, voor zooverre de opgelegde straf ten gevolge van de verleende gratie, niet beneden vier jaren zou dalen.

2e Ged., bl. 147, noot *a*.

Zie art. 2 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93).

2e Ged., bl. 152, § 170.

Bij arrest van 20 Junij 1884, *W.* n°. 5054, beslistte de hooge raad, dat dronkenschap op zich zelve niet is aan te merken als eene bij art. 288 gevorderde handeling van den eenen echtgenoot jegens den anderen; dat daartoe in het algemeen niet voldoende is, dat door de gepleegde handeling benadeeling van den anderen echtgenoot kan zijn ontstaan, maar vereischt wordt dat door de handeling aan den anderen echtgenoot een regtstreeksch nadeel is veroorzaakt.

2e Ged., bl. 170, noot *a*.

Zie art. 3 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93).

2e Ged., bl. 175, noot *a*.

Nog beslistte de hooge raad bij arrest van 18 Julij 1884, *W.* n°. 5074, dat onder de zorg voor den persoon van den minderjarige den voogd bij art. 441 opgedragen, in de eerste plaats behoort de zorg voor de opvoeding, en de voogd derhalve den minderjarige regtstreeks onder zijne leiding en toezigt moet hebben, en niemand, ook niet de langstlevende der ouders, die de voogdij niet uitoefent, geregtigd is den voogd die leiding of dat toezigt te ontnemen, zoodat in zoodanig geval de voogd het regt en de pligt heeft het verblijf van den minderjarige te bepalen en desgeraden, hem tot zich te nemen.

2e Ged., bl. 210, noot *b*.

Zie art. 6 der wet van 26 April 1884 (*Stbl.* n°. 93).

2e Ged., bl. 230, § 300, 3°.

De bevoegdheid bij art. 489 aan het openbaar ministerie toegekend, is uitgebreid bij art. 34 der wet van 27 April 1884 (*Stbl.* n°. 96), *tot regeling van het staatstoezicht op krankzinnigen*, welke wet ingevolge het K. B. van 29 Julij 1884 (*Stbl.* n°. 186) in werking is getreden op 1 Oct. 1884. Krachtens dat art. 34 kan het O. M. de onder curatele-stelling van een verpleegde in een krankzinnigengesticht vorderen, na de eerste magtiging tot zijn verlengd verblijf in het gesticht, zoo dikwijls dit noodzakelijk is, ook dan wanneer zijne echtgenoot en zijne bloedverwanten stilzitten.

2e Ged., bl. 231, § 302.

Volgens art. 20 der wet van 29 Mei 1841 (*Stbl.* n°. 20) was de onder curatele-stelling verpligtend van alle minderjarigen, die gedurende drie jaren in een krankzinnigengesticht zijn verpleegd. Die verpligting is te regt opgeheven bij bovengemelde wet van 1884. De groote meerderheid der in de gestichten verpleegden bestaat uit armen, voor wier bezittingen geen zorg behoeft te worden gedragen, terwijl ook vele meer- of minvermogenden geen behoefte hebben aan eenen curator. In al die gevallen veroorzaakte de verpligte onder curatele-stelling niets dan nuttelooze kosten en moeiten. Daarom maakte art. 34 der wet van 1884 de onder curatele-stelling facultatief, terwijl ingevolge art. 33 dier wet de bevoegdheid bestaat om als tijdelijken maatregel, ten behoeve van hem die in een krankzinnigengesticht verpleegd wordt, zoodra de noodzakelijkheid blijkt om in het beheer zijner goederen of de waarneming zijner belangen te voorzien, — met uitbreiding in zooverre van art. 495 —, eenen provisionelen bewindvoerder te benoemen. Die bewindvoerder is, zonder magtiging van den kantonregter, niet bevoegd tot het verrigten van andere daden dan van zuiver beheer. Zijne bemoeijingen houden op, wanneer de verpleegde in een der gevallen in art. 28, sub 1° en 2° der wet vermeld, uit het gesticht is ontslagen, of wan-

neer een curator over hem is aangesteld. Wanneer de curatele wordt aangevraagd, nadat reeds eenmaal de regterlijke magtiging tot verlenging van het verblijf in een gesticht is verleend, is de daartoe vereischte procedure, ingevolge art. 34 der wet, eenvoudiger dan die voorgeschreven bij de artt. 490—499 B. W. De in laatstgemelde artikelen voorgeschreven vormen zijn allezins gewenscht, waar het iemand betreft, die nog niet in een krankzinnigengesticht is geplaatst. Ten behoeve van hem, omtrent wien de regter reeds tweemaal heeft verklaard, dat krankzinnigheid (1) zijn verblijf in een gesticht raadzaam maakt, is de inachtneming dier vormen overbodig en dikwijls voor den krankzinnige schadelijk. De wijzigingen in het B. W. in dit opzigt door art. 34 der wet gebragt, verdienen daarom goedkeuring. Belangrijk vooral zijn de bepalingen van n^rs^. 3 en 6 van dat artikel, volgens welke de bij de artt. 493 en 498 B. W. voorgeschreven beteekening aan den verpleegde in persoon van het verzoekschrift en van het vonnis tot onder curatele-stelling, achterwege kan blijven, wanneer die beteekening voor hem schadelijk zoude wezen.

2^e^ Ged., bl. 232, § 302.

Art. 32 der meergemelde wet van 1884 bepaalt dat ieder meerderjarige, die ter zake van krankzinnigheid in een gesticht is geplaatst, het beheer over zijne goederen en over die van anderen verliest en dat hij onbekwaam is om overeenkomsten te treffen, ook wanneer hij niet onder curatele is gesteld.

2^e^ Ged., bl. 233, § 304.

Art. 32 der wet van 1884 stelt den meerderjarige, die ter

---

(1) Eene omschrijving van het begrip krankzinnigheid, gelijk in art. 1 der wet van 1841 voorkomt, bevat de wet van 1884 niet, omdat men het geven eener juiste bepaling van dat begrip onmogelijk achtte. De regter zal nu in ieder bijzonder geval, na voorlichting voor zooveel noodig van deskundigen, moeten beslissen omtrent het bestaan van dien toestand. Uit de geschiedenis der wet blijkt, dat aan de uitdrukking krankzinnigheid in deze wet eene ruimere beteekenis moet worden toegekend dan in het burgerlijk wetboek; bepaaldelijk valt ook idiotisme daaronder.

zake van krankzinnigheid in een gesticht is geplaatst, wat de artt. 501 en 502 B. W. betreft, gelijk met iemand, wiens curatele verzocht of verleend is. Te regt. De opneming in een gesticht levert zeker niet minder dan de aanvrage om curatele, een vermoeden op dat de lijder reeds vroeger niet in het volle genot zijner verstandelijke vermogens was.

2e Ged., bl. 234, § 307.

Zie de aanteekening op de vorige bl., *ad* bl. 232, § 302.

2e Ged., bl. 234, § 309.

Bij art. 43 der wet van 1884 zijn de wet van 29 Mei 1841 (*Stbl.* n°. 20) en de artt. 509 en 510 en het tweede lid van art. 518 B. W. ingetrokken en vervangen door de bepalingen van eerstgemelde wet. Volgens art. 24 dier wet kan, in afwijking van het bij art. 20 der wet van 1841 bepaalde, de magtiging tot verlengd verblijf in een gesticht zoovele malen verleend worden als noodig blijkt, zonder dat voorafgaande onder curatele-stelling vereischt wordt.

2e Ged., bl. 315, noot *a*.

Nog beslistte de hooge raad in gelijken zin bij arrest van 1 Mei 1884, *W.* n°. 5032. Daarbij is tevens beslist dat het bestaan van het in art. 719 bedoelde regt van buurweg door alle bewijsmiddelen, dus ook door getuigen mag bewezen worden.

2e Ged., bl. 316, § 425, *i. f.*

Bij arrest van 5 Dec. 1884, *W.* n°. 5139, beslistte de hooge raad, dat de door het administratief gezag in het algemeen belang geregelde verpligting om in het onderhoud van eenen openbaren weg te voorzien, als eenen publiek-regterlijke last behoort te worden aangemerkt, die niet naar de regelen van het burgerlijk regt beoordeeld mag worden, en welks al of niet wettig bestaan ook niet afhangt van eene der wijzen tot het ontstaan van burgerlijke regtsverpligtingen gevorderd.

2e Ged., bl. 438, § 628, 5°.

Bij arrest van 22 Jan. 1885, *W.* n°. 5129, beslistte de hooge raad, dat blijkens de artt. 1079 en 1082, de beneficiaire erfgenaam gehouden is om rekening en verantwoording van zijn beheer af te leggen aan alle schuldeischers van zijnen erflater en aan de legatarissen, zoo die er zijn, gezamenlijk en niet aan elk hunner afzonderlijk.

2e Ged., bl. 470, § 685, 1°.

Bij arrest van 2 Jan. 1885, *W.* n°. 5119, beslistte de hooge raad, dat tot de geregtskosten, uitsluitend veroorzaakt door boedelredding, behooren de geregtskosten door een schuldeischer gemaakt bij en ter gelegenheid van het indienen van een request tot failliet-verklaring van zijn schuldenaar.

2e Ged., bl. 511, § 725.
Zie ook LAURENT, *Princip.*, XVII, bl. 1—18. (1)

2e Ged., bl. 513.
Zie ook LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 300—302.

2e Ged., bl. 515, § 730.
Zie ook LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 256--259.

2e Ged., bl. 517, § 732 *i. f.*
Zie ook LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 320—339.

2e Ged., bl. 518, § 734.
Zie ook LAURENT, *Princip.*, XVI, 342—357.

2e Ged., bl. 519, § 736.
Zie ook LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 364—374.

2e Ged., bl. 520, § 737.
Zie ook LAURENT, *Princip.*, XVI, bl. 399—416.

---

(1) Bij verwijzing hier en elders naar dit werk, is steeds bedoeld de 3e uitgave.

2e Ged., bl. 558, noot *a*.

Gelijke beslissing als bij het arrest van 22 Dec. 1882 heeft de hooge raad gegeven bij arr. v. 27 Nov. 1884, *W*. n°. 5135.

2e Ged., bl. 620, § 870.

Bij arrest van 2 Maart 1885, voor zooverre mij bekend, nog in geene Verzameling opgenomen, beslistte de hooge raad *implicite*, dat de verkooper van onroerend goed, krachtens art. 1511, ook tot feitelijke inbezitstelling verpligt is.

2e Ged., bl. 748, noot *a*.

Bij zijne vroeger gehuldigde leer volhardde de hooge raad bij arrest van 15 Jan. 1885, *W*. n°. 5125.

2e Ged., bl. 754, § 1175, 1°, 2°.

Bij arrest van 11 Dec. 1884, *W*. n°. 5113, heeft de hooge raad beslist, dat het bij art. 1954 gestelde vereischte van dezelfde oorzaak aanwezig is, wanneer in het eene geding schadevergoeding wordt gevraagd ter zake van dezelfde onregtmatige daad als in het andere, ook dan wanneer in het eene geding tot staving van de onregtmatigheid, wordt aangevoerd eene uit overeenkomst tusschen partijen ontstane verhouding, en in het andere schending van des eischers eigendomsregt.



II.

BRIEF VAN BAVIUS VOORDA.

Zij, aan wie de letterstrijd, die in onze eeuw gevoerd is tusschen de voorstanders en de bestrijders der *Codificatie*, niet onbekend is gebleven (en welk regtsgeleerde kent dien strijd niet?), zullen het welligt niet onbelangrijk vinden, het oordeel van één' onzer beroemde regtsgeleerden van de vorige eeuw te vernemen, zoowel over den toenmaligen toestand van het regt in Holland, als over het verlangen, dat zich in zijne dagen meer en meer openbaarde naar eene vaste en gelijkvormige wetgeving.

Men zal dit vinden in den onderstaanden brief van den hoogleeraar BAVIUS VOORDA, tot de mededeeling waarvan ik in staat ben gesteld door de vriendelijke bereidvaardigheid van mijnen geachten ambtgenoot en vriend Mr. D. H. LEVYSSOHN NORMAN, die zich in het bezit daarvan bevindt, en die er mij het gebruik wel van heeft willen afstaan. Aan wien de brief geschreven is, weet ik niet; welk het werkje geweest is, dat er aanleiding toe gegeven heeft, weet ik ook niet; of het gevoelen van den schrijver op alle punten juist is, wil ik niet beslissen. Ik bepaal mij tot eene eenvoudige mededeeling, en ik meen voor de echtheid te kunnen instaan. Ik zal er alleen bijvoegen, dat de brief getuigt van 's mans rechtschapenheid en wijsheid, en van zijne diepe regtskennis. De brief luidt als volgt:

WELEERWAARDE HEER!

'K ben Ued. verpligt voor het exemplaar der twee Brieven over de verbeetering der Rechtsgeleerdheid, en over een nieuw Doctoraat dien ik geleezen heb. Ik bekenne gaarn dat de Hollandsche Regtsgeleerdheid merkelijk onzeeker, verward, en in de steeden, districten en dorpen in zeer veele pointen van zig zelve

verschild ter oorzake van de meenigvuldige keuren die elk naar zijn zin maakt. Ja de Hollandsche Regtsgeleerdheid is onzekerer en verwarder, dan die van eenige der andere provintien. 't Was te wenschen, dat de staten eens tijd mochten vinden om de Hollandsche Regtsgeleerdheid tot merkelijk grooter trap van zeekerheid en egalitat over de geheele provintie te brengen. Dog zo dit werk ooit begonnen werd, zal het misschien nooit zijn beslag krijgen, omdat niemand der stemhebbende steeden van het zijne begeerd af te staan, en elk zig op zijne privilegien en handvesten en costumes beroept 1), ja schreeuwende verkeerde inkruipsels met die naamen zomtijds bestempeld. Het tweederleij versterf recht 2) kan ten bewijze strekken, hoe weinig men malkander verstaat: als meede het ontwerp om eene nieuwe crimineele ordonnantie 3), of ten minsten een beetere manier van procedeeren in crimineele zaaken in te voeren, welk ontwerp nu ten minsten 12 jaaren op touw gezeeten heeft, zonder nog iets van belang gevorderd te zijn. Als het dus gaat met bijzondere stucken der Hollandsche Rechtsgeleerdheid, wanneer zal men dan een eijnde zien van het maaken van een geheel nieuw wetboek? Doch ik

---

1) Men vergelijke met deze woorden van VOORDA, hetgeen veel later gezegd is door den graaf VAN HOGENDORP, medegedeeld boven, Eerste ged., *Inl.*, bl. 15. VOORDA gaat nog verder dan VAN HOGENDORP. De laatste vreesde alleen het Provincialismus, de eerste was beducht voor den strijd tusschen de verschillende steden in dezelfde provincie.

2) De schrijver bedoelt het aesdoms- en schependoms-recht, waarover zie boven, *ad* § 528. Niet alleen had in sommige gedeelten van Holland, vóór de ordonnantie van 1580, het ééne, en in andere gedeelten het andere gegolden; maar zelfs na die ordonnantie, die strekken moest om een algemeen versterfregt vast te stellen, en waarbij in de meeste opzigten het schependoms-recht gevolgd was, had men er niet in mogen slagen, het aesdoms-recht afgeschaft te krijgen op die plaatsen, waar het vroeger in gebruik geweest was. DE GROOT, *Inl.*, II, 28, 2, 11, 12. — Wel mogt VOORDA zeggen: dat men malkander weinig verstond.

3) In plaats van die van PHILIPS II, van 1570. VOORDA heeft in zijne bekende verhandeling over die ordonnantie, zoowel hare gebreken als ook voornamelijk de misbruiken der praktijk in de zoogenaamde extra-ordinaris manier van procederen aangewezen.

Onder de hedendaagsche schrijvers verdienen over dit onderwerp vergeleken te worden Mr. M. C. VAN HALL, *Regtsg. Verhandelingen*, bl. 51—116, en DE BOSCH KEMPER, *Wetb. van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld*, enz., *Inl.*, bl. 82—98, 115—134.

voor mij ben van gevoelen, dat het maaken van een geheel nieuw wetboek niet alleen ondoenlijk, maar ook volstrekt onnoodig is, ja meer verwarring dan nut zoude aanbrengen. Daar is maar noodig decisie van de souverain op bijzondere pointen, en desgelijks op bijzondere pointen, egalisatie van het Recht over de geheele provintie en vernietiging van alle keuren en costumen, daar teegen strijdig. Wilde men dan een klein zamenstel van het Hollandsch recht maaken, of aan de inleiding van Hugo de Groot, na alvorens nagezien te zijn, de kracht van wet geeven, dan gelove ik zoude veel gewonnen zijn. Maar dan komt het er nog op aan dat men voor dezelve wetten door de geheele provintie dezelve interpretatie geeft, en dat men ze overal even stipt in 't vonnissen volge, 't welk ook wel te wenschen maar niet te hoopen is, zoo men geen verandering in de gesteldheid der rechtbanken maakt. De rechtsgeleerdheid is gelijk aan een physiek instrument, het 't welk hoe kunstig en te gelijk eenvoudig zamengesteld, lieden vereijscht, die er meede weeten om te gaan. Onkundige laaten de machine verkeerd werken, of verbuigen ze, en bederven ze. Zie daar, Mijn Heer, kortelijk mijne gedachten. Het schijnd, dat Uwed. sig aan de vaderlandsche rechtsgeleerdheid merkelijk laatte geleegen leggen, hetwelk mij niet onaangenaam is. Maar het zoude mij insgelijks aangenaam geweest zijn, indien ik bij het boekje had mogen ontvangen het honorarium, dat Ued. mij voor mijn collegie over dat recht schuldig zijt, hetwelk ik nogmaals de vrijheid neeme Ued. te herinneren. Ik moet elk betaalen, en ten dien eijnde van een ander betaald worden, en der Professoren in de rechten honoraria maken een gedeelte van hun traktement uit. Bij Ued. immatriculatie als student is Ued. het formulier van den eed voorgelezen, inhoudende onder anderen: te neminem, qui officio aliquo in Academia fungitur, juribus suis defraudaturum, aut quidquam ex iis detracturum esse. In deeze verwachting heb ik de eer met bijzondere achting te zijn:

Weledele Eerwaarde Heer

Uweerw. gehoorz. Dienaar,

B. Voorda.

Leijden, den 6 Maij, 1785.

III

Erfopvolging bij versterf in de nalatenschap van C., wanneer er alleen wettige bloedverwanten aanwezig zijn.

Art. 899. B.W.

C. — D.
A. B. E.

A 1/3 B 1/3 E 1/3.

C. — D.
A. B. E.
F. G.

A 1/3 B 1/3 F 1/6 G 1/6.

Art. 900.

1) A — B.
C.

A 1/2 B 1/2.

2) H — I.
D — E. F — G.
A — B.
C.

D & E tezamen 1/2, F & G tezamen 1/2; H & I niets.

Art. 901.

1) A — B.
C. D.

A 1/3 B 1/3 D 1/3.

2) A — B.
C. D. E. F. G. enz.

A 1/4 B 1/4 D. E. enz 1/2.

Art. 902.

1) A — B.
C. D.

B 1/2 D 1/2.

2) A — B.
C. D. E.

B 1/3 D 1/3 E 1/3.

2) A — B.
C. D. E. F. G. enz.

B 1/4 en D. E. enz 3/4.

Art. 903.

H — I. K — L.
P. O. A — B. M. N.
C. D. E. F.

D. E. en F. het geheel.

Art. 904.

1) I — A — B — H.
K. C. G. L. M.

K 1/2 G 1/6 L 1/6 M 1/6.

2) I — A — B — H.
K. C. F. G. L.
M. N.

K 1/4 F 1/4 en 1/6 G 1/6 M 1/12 N 1/12.

Art. 904.

3) I — A — B — H.
K. C. F.

K 1/4 F 1/4 en 1/2.

4) I — A — B — H.
C. F. K. L.
M. N.

F 1/2 en 1/6 K 1/6 M 1/12 N 1/12.

5) L — H. — A — B. — D.
C. E. F. G.

E., F. en G. het geheel.

Art. 905.

1) D — I.
H. — A — B. — E. — F. — G. enz.
C.

D. 1/2 E. F. G. enz 1/2.

2) D. — E. F. — G.
K. I. H. A — B. L. M. N.
C.

K. I. H. 1/2. L. M. N. 1/2.

Art. 905.

3) D. — E. F. — G.
K. I. H. A — B. L. M. N.
C. O. P.

K. I. H. ieder 1/6.
L. en M. ieder 1/8.
O. en P. ieder 1/12.

4) D. — E. F. — G.
K. I. H. A — B. L. M. N. W.
C. S. Q. R. O. P.
T. U. V.

K. I. H. ieder 1/6.
R. O. P. ieder 1/8.
U. en V. ieder 1/16. T. niets.

Art. 905.

5) D. — E. F. — G.
K. I. H. A — B. L. M. N. W.
C. S. Q. R. O. P.
T. U. V.

K. I. H. ieder 1/6 W. 1/8 T. 1/8.
U. en V. ieder 1/32 R. 1/16 O. en P. ieder 1/16.

Art. 906.

I — M. K — N.
A. — B. D. E. F.
C.

A. erft geheel.

Art. 908.

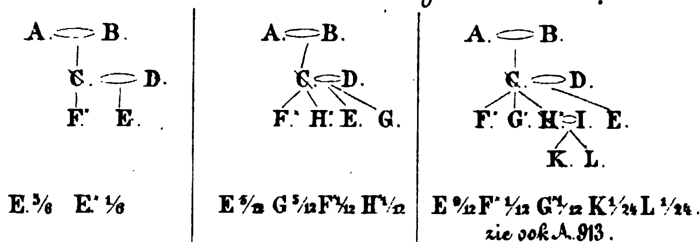
I. — G. — H.
K. — L. — A — B. — D.
C. E. F.

E. en F. de geheele nalatenschap.

IV

Erfopvolging in de nalatenschap van C., *) wanneer er erkende natuurlijke kinderen aanwezig zijn.

Art. 910, eerste gedeelte.



E. 5/6 E.' 1/6

E 5/12 G 5/12 F.' 1/12 H.' 1/12

E 9/12 F.' 1/12 G.' 1/12 K 1/24 L 1/24.
zie ook A. 913.

Art 910, tweede gedeelte.

A. B.
C.
F.'

A en B 1/2 en F.' 1/2

D. E. G. H.
A. B.
C.
F.'

D en E te zamen 1/4.
G en H te zamen 1/4.
F.' 1/2

D. E. G. H.
A. B.
C. I. K.
F.'

I 1/4 K 1/4 F.' 1/2

D. E. G. H.
A. B.
C. I. K. L.
F.' M. N.

I 1/4 M 1/8 N 1/8 F.' 1/2.

Art. 910, derde gedeelte.

D. E. G. H.
A. B. Q.
C.
F.'

F.' 3/4 Q. 1/4

D. E. G. H.
R. A. B Q S.
C. I. K. T. U.
F.'

F.' 3/4 R 1/8 Q. 1/16 T 1/32 U 1/32.

Art. 912.

A. B.
C.
F.'

F.' de geheele nalatenschap.

*) Ook deze twee Bijlagen zijn verschuldigd aan den Heer Mr. D. H. Levyssohn Norman.

V.

LIJST

van gebruikelijke Latijnsche en Fransche regtstermen, waarvoor in het Burgerlijk Wetboek Hollandsche woorden zijn in de plaats gesteld.

A.

Absentie. Afwezigheid.
Acceptatie. Aanvaarding.
Accessie. Natrekking.
Accrescendi (jus) — accroissement (droit d'). Regt van aanwas.
Actie. Regtsvordering.
Administrateur. Bewindvoerder.
Administratie. Beheer, bestuur, bewind.
Adscendenten. Bloedverwanten in de opgaande lijn.
Affinitas. Zwagerschap.
Aléatoir contract. Kans-overeenkomst.
Alimenten. Onderhoud.
Alluvio, alluvion. Aanslijking, aanspoeling, aanwas.
Arbiter. Scheidsman.
Arrest. Gewijsde.
Associé, socius. Vennoot.

C.

Capita (in). Bij hoofden.
Causa, cause. Oorzaak.
Cautie. Borg, borgtogt.
Cessie. Boedel-afstand.
Clausule pénale. Beding van straf of pœnaliteit.
Collateralen. Bloedverwanten in de zijdlinie, zijdmagen.
Collatie, rapport. Inbreng.
Commandement. Bevel.
Commodaat. Bruikleen.
Commodans. Uitleener.
Commodataris. Gebruiker.
Communie, communio, communauteit. Gemeenschap.
Compensatie. Vergelijking.
Complice. Medepligtige.
Conditie. Voorwaarde.
Confusie. Vermenging, schuldvermenging.
Contract, conventie. Overeenkomst.
Contre-lettre. Nadere overeenkomst.
Culpa. Schuld.

D.

Delegatie. Overzetting.
Deliberatie. Beraad.
Deponens. Bewaargever.
Depositaris. Bewaarnemer.

Depositum, dépôt. Bewaargeving.
Descendenten. Afkomelingen, afstammelingen, bloedverwanten in de nederdalende lijn.
Destitutie. Afzetting.
Discussie. Voorafgaande uitwinning.
Disponibele portie. Beschikbaar gedeelte.
Dissolutie. Ontbinding.
Dolus. Arglist, list.
Domicilie. Woonplaats.
Donataris. Begiftigde.
Donateur. Schenker.
Donatie. Schenking, gift.

E.

Emancipatie. Handligting.
Emphytheusis. Erfpachts-regt.
Evictie. Uitwinning.
Exécuteur. Uitvoerder.

F.

Falsiteit, faux. Valschheid.
Fideïcommis. Erfstelling over de hand.
— de residuo. — van hetgene de erfgenaam of legataris onvervreemd of onverteerd zal nalaten.
Force majeure, vis major. Overmagt.
Fraude. Bedrog.

G.

Garantie. Vrijwaring.

H.

Habitatie. Bewoning.
Hereditas, successie. Erfopvolging, erfenis, nalatenschap.
Hypotheek. Onderzetting.

I.

Identiteit. Eenzelvigheid.
Imputatie. Toerekening.
Intestato (ab). Bij versterf.
Inventaris. Boedelbeschrijving.

L.

Legaat. Making.
Legitimatie. Wettiging.
Legitieme portie. Wettelijk erfdeel.

M.

Mandaat. Lastgeving.
Mandans. Lastgever.
Mandataris. Lasthebber, zaakgelastigde.
Mitoyen (muur, gracht, enz.). Gemeen.
Mora. Verzuim.
Mutuum. Verbruikleening.
Mystiek (testament). Geheim, besloten (uiterste wil).

N.

Notorieteit (akte van). Akte van bekendheid.
Novatie. Schuldvernieuwing.

O.

Object. Onderwerp.
Obligatie. Verbindtenis.
Occupatie. Toeeigening.
Oppositie. Stuiting, verzet.

P.

Pénale clausule, zie Clausule pénale.
Petitio hereditatis. Regtsvordering tot verkrijging der erfenis.
Possessio. Bezit.

Precario. Ter bede.
Préferentie. Voorrang.
Préscriptie. Verjaring.
Présumtie. Vermoeden.
Privilège. Voorregt.
Procuratie. Last, volmagt.
Publicatie. Afkondiging.

R.

Rapport, zie Collatie.
Réductie. Inkorting.
Reëel. Zakelijk.
Reliqua, reliquaat. Slot van rekening.
Répresentatie. Plaatsvervulling.
Répudiatie. Verwerping.
Restitutio in integrum. Herstel in zijn geheel.
Retroactiviteit. Terugwerkende kracht, terugwerking.

S.

Servituut. Erfdienstbaarheid.
Societeit. Maatschap, vennootschap.
Socius, zie Associé.
Solidair. Hoofdelijk.
Stirpes (in). Bij staken.
Subrogatie, surrogatie. In-de-plaats-stelling.
Substitutie. Erfstelling over de hand.
Successie, zie Hereditas.
Superficies. Opstal.
Surrogatie, zie Subrogatie.

T.

Testament. Uiterste wil.
Testamentaire dispositie. Uiterste wilsbeschikking.
Traditie. Levering.
Transactie. Dading.

U.

Usus. Gebruik.
Ususfruct. Vruchtgebruik.

V.

Vis major, zie Force majeure.

VI.

LIJST

van Hollandsche woorden, die in het Burgerlijk Wetboek de gebruikelijke Latijnsche en Fransche regtstermen hebben vervangen.

A.

Aanslijking, aanspoeling. Alluvio.
Aanvaarding. Acceptatie.
Aanwas (regt van). Jus accrescendi, droit d'accroissement.
Aanspoeling, zie Aanslijking.
Afkomelingen, afstammelingen, bloedverwanten in de nederdalende lijn. Descendenten.
Afkondiging. Publicatie.
Afwezigheid. Absentie.
Afzetting. Destitutie.
Arglist, list. Dolus.

B.

Beding van straf of poenaliteit. Clausule pénale.
Bedrog. Fraude.
Begiftigde, beschonkene. Donataris.
Beheer, bestuur, bewind. Administratie.
Bekendheid (akte van). Akte van notorieteit.
Beraad. Deliberatie.
Beschikbaar gedeelte. Disponibele portie.
Beschonkene, zie Begiftigde.
Besloten, geheim (uiterste wil). Mystiek testament.
Bestuur, zie Beheer.
Bevel. Commandement.
Bewaargever. Deponens.
Bewaargeving. Depositum, dépôt.
Bewaarnemer. Depositaris.
Bewind, zie Beheer.
Bewindvoerder. Administrateur.
Bewoning. Habitatio.
Bezit. Possessie.
Bloedverwanten, nabestaanden in de opgaande lijn. Adscendenten.
— in de nederdalende lijn, zie Afkomelingen.
— in de zijdlinie, zijdmagen. Collateralen.
Boedel-afstand. Cessie.
Boedelbeschrijving. Inventaris.
Borg, borgtogt. Cautie.
Bruikleen. Commodaat.

D.

Dading. Transactie.

E.

Eenzelvigheid. Identiteit.
Erfdienstbaarheid. Servituut.
Erfenis, erfopvolging, nalatenschap. Hereditas, successie.
Erfpachts-regt. Emphyteusis.
Erfstelling over de hand. Fideïcommis, substitutie.
— van hetgeen de erfgenaam of legataris onvervreemd en onverteerd zal nalaten. — de residuo.

G.

Gebruik. Usus.
Gebruiker. Commodataris.
Geheim, zie Besloten.
Gemeen (muur, gracht, enz). Mitoyen.
Gemeenschap. Communie, communauteit.
Gewijsde. Arrest.
Gift, schenking. Donatie.

H.

Handligting. Emancipatie.
Herstelling in zijn geheel. Restitutio in integrum.
Hoofdelijk. Solidair.
Hoofden (bij). In capita.

I.

Inbreng. Collatie, rapport.
In-de-plaats-stelling. Subrogatie.
Inkorting. Reductie.

K.

Kans-overeenkomst. Aléatoir contract.

L.

Last, volmagt. Procuratie.
Lastgever. Mandans.
Lastgeving. Mandaat.
Lasthebber, zaakgelastigde. Mandataris.
Levering, overdragt, opdragt. Traditie.
List, zie arglist.

M.

Maatschap, vennootschap. Societeit.
Making. Legaat.
Medepligtige. Complice.

N.

Nabestaanden, zie Bloedverwanten.
Nadere overeenkomsten. Contrelettres.
Nalatenschap, zie Erfenis.
Natrekking. Accessie.

O.

Onderhoud. Alimenten.
Onderwerp. Object.
Onderzetting. Hypotheek.
Ontbinding. Dissolutie.
Oorzaak. Causa, cause.
Opdragt, zie levering.
Opstal. Superficies.
Overdragt, zie Levering.
Overeenkomst. Contract, conventie.
Overmagt. Force majeure, vis major.
Overzetting. Délegatie.

P.

Plaatsvervulling. Répresentatie.

R.

Regtsvordering. Actie.
Regtsvordering tot verkrijging der erfenis. Petitio hereditatis.

VII.

BLADWIJZER

van de in het tweede gedeelte der handleiding behandelde artikelen van de WET, HOUDENDE ALGEMEENE BEPALINGEN DER WETGEVING VAN HET KONINGRIJK, *en het* BURGERLIJK WETBOEK.

A.

WET, HOUDENDE ALGEMEENE BEPALINGEN DER WETGEVING VAN HET KONINGRIJK.

B.

BURGERLIJK WETBOEK.

Art.	§	Bl.
6.	3.	43.
7.	5.	44.
8.	6. 569.	45. 404.
9.	4.	43.
10.	5.	44.
11.	4.	44.
12.	5.	45.
13.	7. 8.	49.
14.	9. 23.	50. 58.
15.	8.	50.
16.	8. 47.	50. 64.
17. 18.	10.	50.
19.	24.	58.
20.	11. 35. 569.	51. 62. 404.
21.	35.	62.
22. 23.	9.	50.
24.	13.	51.
25.	47.	64.
26.	14.	53.
27.	15.	53.
28.	16.	55.
29.	17.	55.
30.	18.	56.
31.	22.	57.
32.	22.	58.
33.	19.	57.
34.	18.	56.
38.	191.	162.
40.	24.	58.
41.	26.	59.
44.	86.	90.
45.	32.	60.
47.	88.	93.

Art.	§	Bl.
48.	34. 165.	61. 149.
50.	35. 36.	61. 62.
52.	39.	62.
53.	41. 42.	63.
54.	36.	62.
55.	41. 42.	63.
57.		
58.	37.	62
59.		
62.	35.	61.
63.		
64.	43.	63.
65.		
66.	45.	63.
68.	44.	63.
69.	45.	63.
70.	46.	64.
71.		
72.	48. 1175.	64. 755.
73.	47.	64.
74.	49. 318. 569.	66. 240. 405.
75.	50.	66.
76.		
77.	51.	68.
78.	4. 51. 272.	43. 67. 211.
79.	51.	68.
80.	567.	402.
81.	52.	69.
83.	53.	70.
84.	536.	372.
85.	57. 549.	74. 381.
86.	57.	76.
87.	536.	372.
88.	57. 536.	76. 372.
89.	57.	77.

Art.	§	Bl.
90.	57.	78.
91.	57. 76.	78. 85.
92.	58. 73. 90. 549.	79. 83. 97. 381.
93. 94.	59. 549.	80. 381.
95.	58. 59. 90. 549.	79. 80. 97. 381.
96.	61. 549.	81. 381.
97.	58.	79.
98.	66. 90.	82. 97.
99.	58. 62. 73.	79. 81. 84.
100.	63.	82.
101. 102.	64.	82.
103. 104.	63.	82.
105. 106.	24.	58.
107.	26. 87.	59. 91.
108. 109.	26.	59.
111.	27.	60.
113.	55. 79.	72. 86.
115.	72. 90.	82. 95.
116. 117.	73.	83.
118.	74.	84.
119.	75.	84.
120.	76.	85.
121.	77.	85.
124.	79.	86.
125.	78.	85.
126.	81.	86.
127. 128.	81.	87.
129.	26. 83.	59. 88.

Art.	§	Bl.
131.	77. 84.	85. 89.
132.	32. 85.	61. 90.
133.	82.	87.
134.	57. 82.	75. 87.
135.	57. 86.	75. 91.
136.	53.	71.
137.	26.	59.
138.	87.	91.
139.	88.	93.
140.	89.	94.
141.	90.	95.
142.	57. 90.	74. 95.
143.	57. 90.	75. 95. 96.
144.	90.	96.
145.	90.	98.
146.	73. 90.	84. 97.
147.	90.	98.
148.	90.	95.
149.	90	98.
150.	91. 536.	98. 372.
151.	91. 536.	99. 372.
152.	91.	99.
154.	26. 89.	59. 94.
156.	14. 93.	53. 100.
157.	184.	160.
158.	94. 160.	101. 144.
159.	95. 663.	101. 455.
160.	97. 106. 145.	102. 110. 135.
161.	94. 96.	101.
162.	94. 96. 231.	101. 184.
163.	99. 176.	104. 154.
164.	100. 1077.	104. 705.
166.	97.	103.
168.	100.	105.
169.	97.	103. 104.

Art.	§	Bl.
171. 172.	101.	105.
173.	100.	105.
174.	102.	107.
175.	103. 113.	109. 116.
176. 177.	104.	110.
178.	105.	110.
179.	106. 127. 326.	110. 125. 245.
181.	105.	110.
182.	110. 141.	112. 130.
183.	112. 125. 177.	114. 123. 154.
185.	112.	113.
186.	112.	114.
187.	113. 114.	115. 116.
188. 189.	113.	115.
190.	113.	116.
191. 192.	115.	116.
193.	113.	115.
194.	119.	118.
195.	106. 120.	111. 119.
196.	121.	119.
197.	122.	119.
198.	122.	120.
199.	125. 130.	122. 127.
202.	102. 116. 773.	107. 117. 544.
203.	116. 773.	117. 544.
204.	97. 145.	103. 134.
205.	124.	122.
206.	119. 853.	118. 606.
207.	117.	118.
208.	125.	123.
209.	118.	118.

Art.	§	Bl.
210.	125.	122.
211.	125.	123.
212.	124. 126.	122. 124.
213.	126. 127.	124. 125.
214.	124. 126.	122. 124.
215. 216.	127.	126.
219.	130.	126.
220.	124.	121.
221.	124.	122.
222.	126.	124.
223.	993.	674.
224.	133.	128.
226. 227.	133.	127.
230. 232.	135.	128.
233. 234.	140.	129.
235. 236.	141. 549.	129. 382.
237.	141. 549.	132. 381.
238.	142. 1174.	133. 753.
239.	143. 1174.	133. 753.
240.	144.	133.
241.	106. 145. 170.	111. 134. 152.
242.	146.	135.
243.	146. 177.	135. 154.
244.	146.	135.
247.	146. 177.	135. 154.
249.	99. 867.	104. 614.
251.	150.	136.
252.	152.	136.
253.	151.	136.
255.	57. 155.	78. 137.

Art.	§	Bl.
256.	156.	138.
257. 258.	172.	153.
260.	33.	61.
261.	177.	154.
262.	160.	143.
263.	160. 172.	141. 152.
264.	96. 160. 331	102. 141. 249.
265.	161. 1176.	147. 757.
266. 267.	162.	148.
270.	163.	149.
271. 272. 273. 274. 275.	164.	149.
276.	33. 164.	61. 149.
277. 278. 279. 280. 281. 282. 283.	167.	150.
284.	168.	150.
285.	215.	174.
287.	867.	614.
288.	160. 170.	147. 151.
290.	164.	149.
291.	172. 173. 174.	152. 153.
292.	173. 174.	153. 154.
293. 294. 295.	174.	153.

Art.	§	Bl.
297.	170.	151.
298.	170. 867.	151. 614.
299.	170. 176.	151. 154.
300.	177.	154.
302.	174.	153.
303.	178.	154.
305.	170. 179. 184. 1177.	151. 155. 160. 758.
306.	181.	157.
307. 308.	181. 536.	157. 372.
309.	170. 181. 536.	151. 157. 372.
310.	180.	156.
311.	182.	157.
312. 313.	181.	156.
314.	182.	157.
315.	181. 183.	157. 159.
316. 317.	184. 194.	160. 169.
318.	194.	169.
319. 320.	184. 194.	160. 169.
321.	184.	160.
322. 323.	185.	161.
327.	91. 199.	99. 171.
328.	199.	171.
329.	200.	172.
330.	32. 200.	61. 172.
331.	204.	173.
332.	91.	99.
333.	200.	172.
335.	259. 535. 554.	200. 371. 392.
336.	191.	163.
337.	192.	166.

Art.	§	Bl.
338.	91. 196. 536.	99. 171. 371.
339.	191.	164.
340.	193.	167.
341.	191. 197.	162. 171.
342.	22. 191. 194.	58. 165. 167.
343.	191. 195.	165. 170.
344.	194. 196. 536.	169. 171. 371.
345.	204.	173.
346.	207.	173.
349.	210.	173.
350.	213.	174.
352.	212. 231.	174. 184.
353.	226. 231.	180. 184.
354.	227.	181.
355.	221. 244.	177. 195.
356.	218.	176.
357. 358. 359. 360.	219.	177.
361.	221.	177.
362.	222.	178.
363.	225.	179.
364.	222.	178.
365.	224. 999.	179. 677.
366.	225. 227. 280. 474.	179. 181. 215. 339.
367.	226.	33. 180.
368.	225.	33. 180.
369.	227.	33. 181.
370.	280.	33. 216.
371. 372.	227.	33. 181.
373.	228.	33. 182.
374. 375.		33.

Art.	§	Bl
376.	228. 230.	33. 182.
377.	231.	33. 184.
378.	231. 663.	33. 184. 455.
379.	230. 231.	33. 183. 184.
380. 381. 382.		33.
383.	230.	33. 182.
384.		33.
385.	181. 216. 236. 271. 548.	157. 176. 185. 208. 380.
386.	239.	187.
387.		33.
388.	241.	188.
389.	242.	191.
390.	243. 699.	192. 490.
391. 392. 393.	243.	193.
394.	243. 703.	193. 491.
395.	243.	193.
396.	243.	194.
397. 398.	243.	193.
399.	699.	488.
400.	244.	194.
401.	247.	195.
402.	247.	197.
403.	251. 252.	197. 198.
404.	246.	195.
405.	248.	197.
406.	239. 248. 265. 756.	188. 197. 204. 535.
407.	250. 273.	197. 212.
408.	253. 271. 307.	198. 208. 234.
409.	254. 256.	198. 200.

Art.	§	Bl.
410.	256. 564.	200. 398.
411. 412.	254.	199.
413.	183. 253.	159. 198.
415.	259.	201.
417.	239.	187.
418.	263. 265.	201. 203.
419.	262.	200.
420.	253. 254. 259. 307.	198. 199. 200. 234.
421.	264.	201.
422.	265. 306.	203. 233.
425. 426.	267.	204.
427.	224. 265. 268.	179. 203. 204.
428.	268. 699.	204. 488.
429.	243. 268.	192. 205.
430.	274.	212.
431. 432.	268.	205.
433.	270.	205.
434.	246. 270.	195. 206.
435.	270.	205.
436.	244. 264. 271.	194. 202. 208.
437.	271. 272.	208. 209.
438.	274. 503.	212. 349.
439. 440.	274.	212.
441.	276.	212.
443.	277.	213.
444.	280.	214.
445.	280.	215.
446.	243. 279.	192. 214.
447.	280.	215.
448.	243. 280.	192. 215.
449.	278. 286.	213. 222.

Art.	§	Bl.
450.	268. 280.	205. 216.
451.	243. 282. 297.	192. 216. 228.
452.	282.	218.
453. 454. 455.	282.	217.
457.	282.	219.
459.	281. 282. 628.	216. 219. 438.
460.	282. 999.	219. 677.
461. 462.	282.	220.
465. 466.	282.	219.
467.	239. 284. 288.	188. 220. 223.
468.	284. 285. 288.	220. 221. 223.
469.	257. 284.	200. 221.
470.	287.	223.
471.	286.	222.
472.	288. 551.	223. 385.
473.	289.	225.
474.	292.	225.
475. 476. 477.	290.	225.
478.	32. 58. 216. 293.	60. 79. 176. 226.
479. 480. 481.	295.	226.
482.	296.	227.
483.	216.	175.
484.	51. 297.	67. 227.
486.	290.	225.
487.	300. 301.	229. 230.
488.	57. 106. 301. 310.	75. 111. 230. 235.
489.	300.	230.

Art.	§	Bl.
490. 493. 494. 495. 496. 499.	302.	231.
500.	302. 303. 547.	231. 232. 380.
501.	302.	231.
502.	304.	232.
503.	302. 306.	231. 233.
504. 505.	306.	233.
506.	57. 97. 181. 306.	75. 104. 156. 233.
507.	307.	233.
509. 510. 511.	309.	234.
512.	310.	235.
516.	313.	235.
518.	309.	234.
519. 520.	316.	237.
521.	317.	238.
522.	619.	433.
523.	318. 319.	238. 239. 240.
524.	318.	240.
525. 526.	318.	239.
527.	319.	240.
528.	318. 320. 322. 568.	240. 243. 404.
529.	322.	244.
530.	321.	243.
531.	320.	243.
533. 534.	323.	244.

Art,	§	Bl.
537.	323.	244.
538.	325.	244.
539.	326.	244.
540.	326. 327.	245.
543.	328.	245.
544.	323.	244.
545.	329.	245.
546. 547. 548.	330.	246.
549.	319. 331.	241. 248.
550.	57. 326. 331.	78. 244. 248.
551.	331.	249.
552.	217.	176.
555.	334.	250.
556.	336. 341.	252. 254.
557.	335.	252.
558. 559. 560.	337.	253.
562.	338. 341. 696.	253. 254. 482.
563.	338. 342.	253. 254.
564.	336. 343. 952.	253. 255. 655.
565.	338.	253.
567.	336. 339.	253. 254.
571.	564.	398.
575.	344.	255.
576.	345. 384. 517.	255. 293. 357.
577.	345. 696.	255. 482.
579. 580. 581.	345.	258.
582.	346.	258.
583.	347.	258.
584.	348. 349.	258. 261.

Art.	§	Bl.
585.	349. 377. 1207.	260. 288. 778.
586. 587.	350.	262.
588.	378.	289.
589.	91. 379.	99. 290.
591. 592.	351.	262.
593.	334. 349. 353. 365. 437. 1204. 1205.	251. 260. 262. 273. 775.
594.	349. 354. 358.	260. 263. 267. 322.
595.	355.	265.
596.	354. 356.	265. 266.
597.	351.354.356.1205.	262. 264. 266. 776.
598.	354. 357. 358.	265. 266. 268.
599.	357.	267.
600.	357. 358.	267.
601.	358.	267.
602.	358.	268.
603.	349. 364.	261. 272.
604.	349. 358. 359. 371. 378.	261. 268. 269. 276. 289.
605.	358. 360. 371. 378.	268. 270. 276. 289.
606.	358. 361. 364.	268. 270. 272.
607.	364.	272.
608.	365.	273.
609.	349.	261.
610.	353. 365.	263. 273.
611.	365.	273.
612.	365.	274.
613.	366. 367.	274.
614.	358. 362.	268. 271.
615.	368. 373.	274. 277.
616.	369.	275.
617.	349.	261.
618.	361. 370.	270. 275.

Art.	§	Bl.
619.	361. 371. 372.	270. 276. 277.
620.	349.	261.
621.	362. 372.	271. 277.
622.	371. 373.	276. 277.
623.	801.	567.
624.	372.	277.
625.	349. 374.	261. 278.
626.	375. 384.	286. 293.
629.	377.	288.
630.	359. 378. 380. 801.	269. 289. 291. 567.
631. 632. 633.	378.	289.
634.	360. 379. 801.	270. 289. 567.
635.	378.	289.
636.	380.	290.
637.	381.	291.
638.	382.	291.
639.	348. 393. 577. 729. 860.	258. 299. 408. 511. 609.
640.	345. 384.	255. 291.
641.	384.	292.
642.	384. 385. 485.	293. 340.
644.	345.	257.
646. 647.	389.	294.
650. 651.	389.	295.
652.	345.	256.
654.	389.	295.
655. 656.	457.	332.
658. 659.	446.	326.
661.	390.	295.

Art.	§	Bl.
663.	390.	296.
666.	577.	408.
667.	338. 392. 393. 476. 860. 870.	253. 296. 339. 609. 617.
668.	393. 860. 870. 900.	297. 609. 617. 633.
669.	393. 870.	297. 617.
671.	341. 393. 476. 870.	254. 297. 339. 619.
672.	394.	302.
673.	395.	302.
674. 675. 676.	395.	303.
678. 679.	395.	304.
681.	397. 1174.	304. 754.
682.	397. 406.	305. 308.
683.	400.	307.
684. 685. 686.	401.	307.
687.	402.	307.
688.	399. 402.	306. 307.
689.	404.	308.
690.	395. 399.	304. 306.
692.	404.	308.
693.	412.	309.
694.	413.	309.
695. 696.	414.	309.
702.	417.	310.
703.	418.	310.
706.	405. 1174.	308. 754.
707.	406.	308.
710.	408. 1174.	308. 754.
712.	409.	309.

Art.	§	Bl.
713.	419.	311.
714.	420.	312.
715.	421.	312.
716.	422.	313.
717.	421.	312.
718.	423.	313.
719.	424.	314.
720.	425.	315.
721.	334. 426. 440. 444.	252. 316. 323. 324.
722.	427.	301. 318.
724.	421. 423. 428.	313. 314. 319.
725.	428. 880.	319. 624.
727.		
728.		
729.		
730.	435.	321.
731.		
732.		
733.		
734.		
736.	427.	318.
738.	432.	319.
739.	374. 434.	282. 320.
740.	433.	320.
742.	436. 437. 447.	322. 326.
743.	393. 447.	300. 326.
744.	421. 437.	313. 322.
745.	395.	303.
746.	334. 353. 421. 437.	251. 263. 313. 322.
748.	439.	323.
749.	440.	323.
750.	442.	324.
752.		
753.	439. 441.	323.
754.	441.	324.

Art.	§	Bl.
756.	443.	324.
757.	444.	324.
758.	334. 445.	252. 325.
759.	448.	327.
760.	447.	326.
761.	445. 448.	325. 327.
762.	445. 448. 449.	325. 327.
763.	445. 449.	325. 327.
764. 765.	450.	328.
766.	447. 450.	326. 328.
767.	334. 393. 451.	252. 300. 329. 331.
768.	451. 453.	329. 331.
770. 771.	454.	331.
772.	457.	332.
774.	458.	332.
775.	451. 459.	330. 332.
776. 777. 778.	458.	332.
780.	460.	333.
781.	461.	333.
783.	462.	333.
784.	393. 464.	300. 334.
786.	464. 465.	334. 335.
788.	466.	335.
789. 790.	468.	336.
791. 795. 796.	469.	336.
798. 799. 800.	470.	337.

Art.	§	Bl.
801.	466. 470.	336. 337.
802.	464. 465. 470.	334. 335. 337.
803.	225. 451. 473.	179. 330. 338.
804.	495. 510. 959.	346. 352. 659.
805.	474. 584.	338. 418.
806.	474.	339.
807.	476.	339.
808.	504. 584.	351. 418.
809.	478.	339.
810.	336.	253.
811. 812.	480. 491.	339. 344.
819.	486. 487. 509.	340. 341. 351.
821.	451. 483.	330. 340.
822. 823.	483.	340.
824.	453. 485.	331. 340.
825.	466. 494.	336. 345.
826.	495.	347.
828.	395. 484.	304. 340.
829.	495.	346.
830.	490. 499.	341. 348.
831.	490. 502.	343. 349.
832.	225. 490. 491.	179. 343.
833.	493. 497.	344. 348.
834.	491.	344.
835.	490.	342.
836.	491. 499.	344. 348.
837.	499.	348.
838.	501.	348.
839.	502.	348.
840.	494.	344.
841. 842. 843.	494.	345.

Art.	§	Bl.
844. 845.	494.	345.
848.	494.	346.
849.	498.	348.
850.	479. 498.	347. 348.
851. 852. 853.	495.	347.
854.	451. 475. 486. 503. 584.	330. 339. 341. 349. 418.
855.	503.	349.
856.	227.	181.
857. 859.	503.	349.
862.	503.	350.
863.	497. 503.	348. 350.
865. 867. 868.	504.	351.
869.	510.	352.
870.	509.	351.
871.	505.	351.
873.	343.	255.
874.	509.	351.
877.	513.	352.
878.	516.	355.
879.	514. 517. 534. 539.	354. 356. 370. 375.
880.	393. 517. 518. 574. 612. 632. 666. 745. 778. 1205.	299. 357. 407. 430. 440. 456. 529. 548. 776.
881.	393. 518. 519. 536. 574.	299. 357. 358. 372. 407.
882.	518. 574. 652. 677.	358. 407. 447. 460.
883.	330.	246.
884.	515. 522. 700.	27. 355. 359. 490.

Art.	§	Bl.
885.	522. 551. 1001.	359. 388. 679.
887.	225. 522. 523. 551.	180. 360. 362. 388.
888.	523. 524. 534.	363. 369.
889.	330. 516. 523.	247. 355. 362.
890.	330. 525.	247. 363.
891.	330. 525. 531.	247. 364. 367.
892.	330. 525. 333.	247. 364. 367.
893.	330. 516. 523. 527.	247. 355. 363. 365.
894.	330. 523. 526.	247. 362. 364.
895.	330. 526. 657.	247. 364. 452.
896. } 897. }	528.	365.
899.	330. 516. 523. 530.	247. 355. 362. 366.
900.	530.	367.
901.	530. 534.	366. 369.
902.	516.	356.
903.	554.	391.
904.	531.	367.
905.	330.	247.
906.	530.	366.
907.	318. 530. 532.	240. 367.
908.	533. 676.	367. 460.
909.	534.	368.
910.	194. 534.	169. 368.
911.	534.	370.
912.	193. 534. 537.	167. 370. 373.
913.	554.	392.
914.	194. 536.	169. 371.
915.	536.	371.
916.	536.	372.
918.	537.	374.
919.	259. 535.	200. 371.
920.	535.	371.
921.	514. 538.	354. 374.
922.	133. 191. 538. 539.	128. 164. 375. 376.

Art.	§	Bl.
923.	514.	354.
924.	538.	374.
926.	474. 583. 594. 1155.	33. 339. 412. 423. 740.
928.	583. 585. 594.	416. 419. 422.
929. 930.	584.	418.
931.	594.	424.
932.	544.	378.
933.	544. 583.	378. 415.
934.	544. 583.	379. 415.
935.	225. 541. 583. 594. 646. 741. 756.	180. 376. 413. 423. 444. 527. 535.
936.	542.	377.
937. 938.	543.	378.
942.	304. 541. 547.	232. 377. 379.
943.	121.	119.
944.	548. 992.	380. 674.
946.	329. 330. 550.	246. 383.
947.	551. 631.	384. 440.
948. 949.	549.	381.
950.	549.	382.
951. 952. 953.	551.	385.
954.	551.	387.
955.	194. 536. 551.	169. 372. 388.
956.	549.	382.
957.	515. 522. 551. 700.	27. 355. 359. 384. 490.
958.	551. 552. 1174.	385. 388. 753.
959.	551.	388.
960.	106. 141. 222. 553. 554. 774.	110. 131. 179. 389. 390. 546.
961.	549. 554. 774.	381. 390. 546.

Art.	§	Bl.
962.	551. 554. 774.	388. 391. 546.
963.	554. 774.	391. 546.
964.	774.	546.
965.	555. 774. 1064.	393. 546. 701.
966.	556. 774. 998.	393. 546. 674.
967.	141. 557. 659. 774.	131. 393. 454. 546.
969.	222. 657.	178. 451.
971.	141. 582.	131. 412.
972. 973. 974. 975. 976.	560.	394.
977.	561.	394.
978.	562.	395.
979.	191. 551. 563. 598.	166. 388. 395. 425.
980.	191. 551. 563.	166. 388. 397.
981.	598.	424.
982.	564.	397.
983. 984.	565.	398.
985.	551. 566. 1124. 1131.	388. 398. 722. 727.
986.	551. 566. 567.	388. 398. 402.
987.	551. 563. 567.	388. 397. 401.
988.	567.	401.
989.	565. 567.	398. 402.
990.	568.	403.
991.	551. 569. 570.	387. 404. 405.
992.	571.	406.
993. 994. 995. 996. 997.	572.	406.

Art.	§	Bl.
998. 999.	572.	406.
1000.	551.566.573.1124.	387. 400. 407. 722.
1001.	574.	407.
1002.	329. 518. 575. 612.	246. 358. 407. 430.
1004.	574.	407.
1005.	329. 575. 577. 582.	246. 407. 408. 411.
1006.	575. 577. 578. 612.	407. 408. 409. 431.
1007.	336.	253.
1008.	579.	410.
1010. 1012.	580.	410.
1014.	581.	411.
1015.	581.	410.
1016.	581.	411.
1019.	582.	411.
1020.	583. 586.	416. 419.
1021. 1022.	586.	420.
1023.	587.	421.
1024.	586. 589.	420. 422.
1025. 1026.	591.	422.
1029.	586. 592.	420. 422.
1030.	592.	422.
1033. 1034. 1035.	593.	422.
1036.	594.	422.
1037.	596.	424.
1038.	597.	424.
1039.	598.	424.
1040. 1041.	598.	425.
1042.	599.	425.

Art.	§	Bl.
1043.	601.	426.
1044. 1045.	602.	426.
1048.	330.	246.
1049.	330. 605. 606. 639. 899.	246. 426. 427. 442. 632.
1050.	330. 606. 899.	246. 427. 632.
1051.	543.	378.
1052.	609.	429.
1053.	611.	429.
1054.	612.	429.
1056. 1057. 1058.	613.	431.
1060. 1061.	615.	431.
1062.	616.	432.
1063.	239. 618. 756.	188. 432. 535.
1064.	618.	432.
1066.	564. 594. 612. 619.	398. 423. 430. 433.
1068.	607. 617.	428. 432.
1070.	621.	433.
1071.	628.	438.
1072.	622.	434.
1075.	623. 985.	435. 671.
1076.	625.	435.
1077.	626.	436.
1078.	281. 627.	216. 437.
1079. 1080. 1081.	628.	437.
1082.	628.	438.
1083.	615. 628.	431. 439.
1085.	628.	439.
1087.	825.	587.

Art.	§	Bl.
1090. 1091.	621.	433.
1092.	631.	440.
1093.	632.	440.
1094. 1095.	635.	441.
1097.	634.	440.
1099.	621. 636.	434. 441.
1101.	637.	441.
1102.	621. 635.	434. 441.
1103.	518. 526. 638.	357. 365. 442.
1104.	526. 534. 634.	365. 369. 440.
1105.	639. 657.	442. 453.
1106.	640.	442.
1107.	641.	443.
1108.	645.	443.
1109.	642.	443.
1112.	282. 395. 646.	217. 304. 444.
1113.	649. 666.	445. 457.
1114.	652.	447.
1115.	651.	446.
1116.	648.	445.
1117.	177. 651. 674.	154. 445. 459.
1118.	651. 674.	446. 459.
1119. 1120. 1121. 1122.	651. 674.	447. 459.
1123.	282. 651. 674.	217. 447. 459.
1124.	282. 651. 674.	217. 446. 459.
1125. 1126.	651. 674.	446. 459.
1127. 1128.	651.	446.
1129.	393. 653.	299. 448.

Art.	§	Bl.
1130.	654.	448.
1131.	666.	456.
1132.	657.	449.
1133. 1134.	659.	454.
1135.	657.	452.
1136.	657.	453.
1137.	661.	455.
1142.	658.	453.
1143.	663.	455.
1145.	665.	455.
1146.	514. 621. 657. 666.	353. 433. 452. 456.
1147.	621. 649. 766.	433. 445. 538.
1148. 1149.	666. 694.	456. 481.
1150.	666.	456.
1151. 1152.	580.	410.
1153.	668.	457.
1154.	710.	497.
1158.	669. 855.	458. 608.
1159.	855.	608.
1160.	669. 855.	458. 608.
1161.	855.	608.
1162.	672. 855.	458. 608.
1163. 1164.	670. 855.	458. 608.
1165.	855.	608.
1166.	673. 855.	458. 608.
1167. 1168. 1169.	674.	458.
1170.	674.	459.
1172.	517. 676.	357. 459.
1173.	517. 677.	357. 461.

Art.	§	Bl.
1174.	517. 676.	357. 460.
1175.	517. 677.	357. 460.
1176.	517.	357.
1177.	297. 649. 668. 678. 892.	228. 445. 457. 461. 631.
1178.	297. 649. 668. 892.	228. 445. 457. 631.
1179.	1092.	710.
1180.	680. 681. 694.	462. 480.
1181.	681. 694.	463. 480.
1183.	683.	463.
1184.	682. 694.	463. 480.
1185.	684. 694. 921. 1090.	464. 480. 643. 709.
1186.	684. 921. 930.	467. 643. 645.
1187.	684.	464.
1188.	684. 686.	464. 473.
1189. 1190.	684.	465.
1191. 1192.	684.	468.
1193.	684. 1090.	468. 709.
1194.	684.	468.
1195.	681. 685. 694.	463. 470. 480.
1196.	686. 694.	473. 480.
1197.	694. 1157.	480. 743.
1198.	687. 694.	474. 480.
1199.	688.	477.
1200. 1201. 1202.	689.	477.
1206.	692.	478.
1207.	693.	478.
1208.	694.	479. 480.
1209.	694. 767.	480. 538.
1210.	474. 694. 696. 952.	339. 480. 481. 655.
1211.	695.	481.

Art.	§	Bl.
1212.	698.	484.
1213.	694. 696.	480. 481.
1214.	687. 698.	476. 483.
1215.	698.	484.
1217.	243. 694. 698. 699.	194. 480. 483. 485.
1218.	700.	490.
1219.	694. 697.	480. 482.
1220.	697. 699.	482. 489.
1221.	684. 702.	470. 491.
1222.	703.	491.
1223.	622. 704. 710.	435. 491. 496.
1224.	694. 705. 712.	480. 493. 499.
1225.	706.	493.
1226.	694. 707.	480. 494.
1227.	684. 707.	470. 494.
1228.	698.	484.
1229.	708.	495.
1230.	709. 710.	496.
1231.	52. 710.	69. 496.
1232. 1233.	710.	497.
1234.	710.	496.
1235.	710.	497.
1236. 1237.	711.	497.
1239.	712.	498.
1240.	713.	500.
1242.	696. 720. 825.	482. 503. 586.
1243.	714.	501.
1244.	715.	502.
1251.	718.	503.
1252.	714.	501.
1253.	712. 719.	500. 503.
1254.	710. 720.	496. 503.
1255.	720.	504.

Art.	§	Bl.
1257.	720.	504.
1259. 1260. 1261. 1262. 1263.	746.	530.
1265.	704. 723.	492. 505.
1266.	724.	505.
1267. 1268.	724.	506.
1269.	725.	509.
1270.	773. 783.	541. 553.
1271.	729.	511.
1272.	729.	515.
1273.	729. 850. 904. 958. 972.	511. 604. 634. 659. 663.
1274.	729.	511.
1275.	96. 730. 772.	102. 515. 539.
1278.	732.	517.
1279.	79. 732. 802. 883. 1099.	86. 516. 570. 626. 715.
1280. 1281.	732.	517.
1282.	56. 733. 772. 802. 806. 941.	73. 517. 539. 570. 576. 651.
1283.	733. 802.	518. 570.
1284.	734. 802.	518. 570.
1285.	733.	518.
1286.	286. 578. 732. 733. 736. 886. 958. 1011. 1083. 1099.	222. 409. 516. 518. 519. 626. 659. 684. 707. 715.
1287. 1288.	737.	520.
1289.	133. 738.	128. 521.
1290.	541. 741. 962.	376. 528. 660.

Art.	§	Bl.
1291.	742.	529.
1292.	133.740.741.1049.	128. 527. 528. 693.
1293.	743.	529.
1294.	742. 891.	529. 631.
1297.	745.	529.
1298.	746.	529.
1299.	738.	521.
1300.	739.	522.
1301.	118. 449. 739.	118. 327. 522.
1302.	698. 739. 814. 838. 850.889.890.929.	484. 523. 582. 598. 604. 627. 628. 644.
1303.	729. 739. 929.	512. 524. 644.
1304.	738. 747.	521. 530.
1305.	738. 748.	521. 530.
1306.	749.	530.
1307.	750.	531.
1308.	495. 751.	347. 531.
1309.	495. 581. 752. 771.	347. 411. 532. 539.
1310. 1311.	753.	532.
1312.	754.	533.
1313.	751.	532.
1314. 1315.	755.	533.
1316.	755. 840. 1216.	533. 599. 782.
1318.	239. 756. 796. 804. 1106.	188. 534. 565. 573. 707.
1319.	755.	533.
1320. 1322.	757.	535.
1323.	758. 840.	535. 599.
1324.	759.	535.
1328.	755.	534.
1329.	755. 1216.	533. 782.
1330.	762.	536.

Art.	§	Bl.
1331.	755.	534.
1332.	763.	536.
1333.	239. 764. 1016.	188. 537. 685.
1334.	765.	537.
1335.	766. 814.	537. 583.
1336.	666. 767.	456. 538.
1337.	239.	188.
1338.	765.	537.
1340.	769.	538.
1341.	770.	539.
1342.	771.	539.
1343.	772.	539.
1344. 1345.	769.	538.
1349.	725. 773.	510. 541.
1350.	774.	545.
1351.	775.	546.
1352.	776.	547.
1353.	775. 777. 834.	546. 548. 594.
1354.	778.	548.
1355.	773.	543.
1356.	218. 725. 773. 779. 1008.	177. 510. 544. 548. 682.
1357.	725. 780.	510. 549.
1358.	725. 780.	510. 550.
1359.	725. 780.	510. 551.
1360.	192. 725. 780.	167. 510. 551.
1361.	725. 780.	510. 551.
1362.	725.	510.
1363.	725. 780.	510. 551.
1364.	725. 780. 872.	510. 551. 621.
1365.	781.	552.
1366.	218.781.853.1008.	177. 552. 606. 682.
1367.	782. 1096.	552. 713.
1368.	783. 954.	553. 657.

Art.	§	Bl.
1438.	755. 825. 877.	534. 586. 622.
1440.	826. 1037.	587. 688.
1441.	827. 1037.	588. 688.
1442.	826. 1037.	587. 688.
1443.	829. 1037.	590. 688.
1444. 1445.	830. 1037.	590. 688.
1446.	826. 1037.	588. 688.
1447.	831. 1037.	591. 688.
1448.	1037.	688.
1449.	832. 835. 1212.	591. 595. 781.
1450.	833.	592.
1451.	834.	592.
1452.	832.	592.
1453. 1454.	834.	594.
1455.	834.	595.
1456.	834.	593.
1457. 1458. 1459.	835.	595.
1460.	836.	595.
1461.	837.	595.
1462. 1463.	837.	597.
1464.	838.	598.
1465.	231. 839.	185. 598.
1466.	840.	599.
1468. 1469.	841.	599.
1471.	843.	600.
1472.	627. 759. 844.	437. 535. 600.
1473.	1113.	719.
1474.	846.	601.
1475.	847.	602.

Art.	§	Bl.
1512.	874.	621.
1513.	871.	620.
1514. 1515.	872.	620.
1516.	873.	621.
1517.	871.	620.
1518.	877.	622.
1527. 1528. 1529.	863.	612.
1530.	863. 876.	612. 621.
1531.	863. 878.	612. 624.
1532. 1533.	863. 877.	612. 622.
1534. 1535.	863. 877.	612. 623.
1536. 1537.	863.	612.
1538.	863. 880.	612. 624.
1539.	863. 881.	612. 624.
1540. 1541.	882.	625.
1542. 1543. 1544. 1545.	883.	625.
1546.	884.	626.
1549.	861. 886.	611. 626.
1550.	817. 886.	583. 626.
1551.	886.	626.
1552.	887.	627.
1553.	888.	627.
1554.	889.	627.
1555.	890.	628.
1556.	646. 890. 891.	444. 629. 630.

Art.	§	Bl.
1557.	890. 891.	629. 631.
1558. 1559.	890.	629.
1560. 1561.	890. 892.	629. 631.
1562.	890. 893.	629. 631.
1563. 1564. 1565. 1566.	890. 894.	629. 631.
1567. 1568.	890.	629.
1569. 1570.	337.	253.
1571.	337. 897.	253. 632.
1572.	337.	253.
1573.	337. 670. 898.	253. 458. 632.
1574.	337. 899.	253. 632.
1575.	337. 898. 899.	253. 632. 633.
1576.	337. 900.	253. 633.
1577.	859. 901.	609. 633.
1579.	902.	634.
1580.	903.	634.
1581.	850. 904.	604. 634.
1583. 1584. 1585.	906.	635.
1586.	870. 910.	619. 637.
1587. 1588.	912.	637.
1589.	458. 850.	332. 604.
1591.	912. 914.	638. 639.
1594.	377.	288.
1595.	916. 919. 922.	640. 642. 644.
1596.	684. 912. 1011.	466. 637. 683.

Art.	§	Bl.
1598.	913.	639.
1599.	912.	637.
1600. 1601. 1602.	912.	638.
1603.	913.	639.
1604.	907. 908.	636.
1605.	908.	636.
1606.	917.	640.
1607.	917. 934.	640. 646.
1609.	918.	641.
1611.	919.	641.
1612. 1614.	920.	642.
1617.	921.	643.
1618.	923.	644.
1619.	684. 910. 924.	467. 637. 644.
1620.	910. 924.	637. 644.
1622.	927.	644.
1623.	907.	636.
1625.	929.	644.
1626. 1627.	930.	645.
1628. 1629.	931.	645.
1630.	932.	646.
1633.	934.	646.
1634.	907.	636.
1637.	1. 938.	36. 646.
1638.	939. 941.	36. 647. 650.
1639.	940. 941.	36. 649. 650.
1640.	942.	652.
1641. 1642.	943.	652.
1644.	944.	652.

Art.	§	Bl.
1691.	975.	668.
1692.	975. 802.	569. 669.
1693.	802.	569.
1694.	977.	669.
1696.	979.	669.
1697.	974. 979.	666. 669.
1698.	979.	669.
1699.	982.	669.
1700.	983.	670.
1701.	984.	670.
1702.	985.	670.
1703.	392. 539. 541. 938. 986.	296. 376. 377. 647. 671.
1704. 1705. 1707. 1708.	987.	672.
1709.	990.	673.
1711.	988.	673.
1714.	992.	674.
1715.	116. 993.	117. 674.
1718.	1174.	753.
1719.	773. 846. 995.	544. 602. 675.
1720.	392. 777. 995.	296. 548. 676.
1722.	999.	677.
1723.	392. 1000.	296. 677.
1724.	997.	677.
1725.	282.539.774.1001.	219. 376. 545. 679.
1726.	1001.	678.
1727. 1728.	1002.	679.
1729.	1003.	680.
1731.	1004. 1030. 1207.	680. 687. 778.
1733.	1006. 1030. 1032.	681. 687.
1734.	1007.	681.

Art.	§	Bl.
1825.	784. 797. 1074.	556. 565. 703.
1826.	1074.	703.
1827.	1075.	704.
1828.	797. 1076.	565. 704.
1829.	704. 1077.	491. 705.
1830.	1077. 1078.	705.
1831.	795. 1077.	564. 705.
1833.	1080.	705.
1834.	1080. 1085. 1089.	705. 707. 709.
1835.	611. 1081.	429. 706.
1836.	1082.	706.
1837. 1839.	1083.	706.
1840.	1086. 1087.	707. 708.
1841.	794. 1088.	564. 708.
1842.	1011. 1083.	683. 707.
1843.	1085.	707.
1844. 1845. 1846.	1089.	709.
1847.	960. 1094.	660. 712.
1848.	796. 1091.	565. 710.
1849.	1090.	709.
1850.	704. 965. 1086. 1092.	491. 662. 708. 710.
1851.	704. 965. 1092. 1094.	491. 662. 710. 712.
1852.	1094.	712.
1853.	1092.	711.
1855.	82. 1094.	88. 712.
1857.	1104.	716.
1858.	1096. 1193.	713. 769.
1859.	1097.	714.
1860.	1096.	713.
1861.	1099.	714.

Art.	§	Bl.
1862.	1099.	714.
1864. 1865.	1101.	715.
1867.	1103.	715.
1868.	1104.	715.
1869.	1096. 1104.	713. 716.
1870. 1871.	1105.	716.
1872. 1873. 1874.	1106.	717.
1876.	1109.	718.
1877.	1109.	717.
1879.	1111.	718.
1880.	1110.	718.
1881.	1112.	718.
1882.	1113.	718.
1883.	1113.	719.
1884.	1096.	713.
1885. 1886.	1114.	719.
1887.	1115.	719.
1888.	1080. 1116. 1117.	705. 719. 720.
1889.	282.	219.
1890.	185. 1120.	161. 721.
1891. 1892.	1121.	721.
1893.	1122.	721.
1894.	1123.	722.
1895.	1123. 1125.	722. 723.
1896.	780. 1124.	550. 722.
1897.	1124.	722.
1898. 1899. 1900.	1125.	723.

Art.	§	Bl.
1939.	184.191.785.1158.	160. 166. 558. 746.
1940.	141. 1026. 1148. 1158. 1178.	130. 686. 738. 747. 759.
1941.	1159.	748.
1942.	1159. 1195.	748. 770.
1943.	1159.	748.
1944.	1159. 1163.	748. 750.
1945.	1159. 1161. 1183.	748. 749. 765.
1946.	1165.	750.
1947.	1166.	751.
1948.	1162.	750.
1949.	1167. 1168.	751.
1950.	570. 1169.	406. 752.
1951.	1170.	752.
1952.	1172. 1173.	753.
1953.	1174.	753.
1954.	48. 153. 625. 797. 1175.	30. 64. 136. 436. 566. 754.
1955.	2. 161. 1176.	39. 147. 755.
1956.	1176.	757.
1957.	197. 1175.	171. 755.
1958.	1177.	758.
1959.	1178.	758.
1960.	1179.	759.
1961.	1180.	760.
1962.	773. 1181.	544. 763.
1963.	1182.	764.
1964. 1965.	1183.	764.
1966.	1184.	765.
1967.	773. 1187.	544. 766.
1968.	1187. 1195.	767. 770.
1969.	1010. 1189.	682. 767.
1971.	1190.	768.
1972.	1191.	768.

Art.	§	Bl.
1973.	1191.	768.
1974.	1192.	769.
1975.	1193.	769.
1977. 1978.	1195.	769.
1979.	1026. 1195.	686. 771.
1980.	1196.	771.
1981.	1185.	765.
1982.	1186.	765.
1983.	1197.	772.
1984.	450. 1198.	33. 328. 773.
1985.	1198.	773.
1986.	1200.	774.
1987. 1988.	1201.	774.
1989.	1199.	774.
1990.	1204.	775.
1991.	1202.	774.
1992.	369. 372. 1205.	275. 277. 775.
1993. 1994.	1205.	775.
1995.	1206.	777.
1996.	1205. 1207.	776. 778.
1997.	1205.	776.
1998.	1205. 1207.	776. 778.
1999.	1203.	775.
2000.	436.466.503.1205. 1207.	322. 336. 349. 775. 778.
2002.	91. 1205.	99. 776.
2003.	1205.	776.
2004.	652. 945. 1205. 1208.	447. 652. 776. 779.
2005.	1209.	780.
2007.	1210.	780.
2008.	1211.	780.





